

ANTESIPERT MISLIGHOLD I KJØPSFORHOLD

Adgangen til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser på grunnlag
av antesipert mislighold i kjøpsforhold

Kandidatnr: 607

Veileder: Professor dr. juris Viggo Hagstrøm

Leveringsfrist: 15.01.2004

Til sammen 38.016 ord

11.03.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	EMNET	1
1.2	PRESISERINGER OG AVGRENSNINGER	3
1.3	RETTSKILDENE OG DEN JURIDISKE METODE	5
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLING	11
<u>2</u>	<u>REGLENE OM ANTESIPERT MISLIGHOLD I KJØPSFORHOLD – NOE OM OVERFØRINGSVERDIEN TIL ØVRIGE KONTRAKTSOMRÅDER</u>	<u>12</u>
<u>3</u>	<u>DE GRUNNLEGGENDE HENSYN VED ANTESIPERT MISLIGHOLD</u>	<u>18</u>
3.1	DE GRUNNLEGGENDE OG MOTSTÅENDE HENSYN	18
3.2	AVVEININGEN AV HENSYNENE	20
<u>4</u>	<u>ADGANGEN TIL Å INNSTILLE OPPFYLLELSEN OG UTØVE TILBAKEHOLDS- OG STANSINGSRETT</u>	<u>22</u>
4.1	KRAV TIL SANNSYNLIGHETEN FOR MISLIGHOLD OG DET FAKTISKE GRUNNLAGET FOR FORVENTNINGEN	22
4.1.1	PROBLEMSTILLINGENE	22
4.1.2	FORHOLDET MELLOM KRAVENE	22
4.1.3	SANNSYNLIGHETEN FOR KONTRAKTSBRUDD	24
4.1.3.1	Kravet til en viss sannsynlighet	25
4.1.3.2	Normen for bevisvurderingen	35
4.1.3.3	Tidspunktet for forventningen	37
4.1.4	DET FAKTISKE GRUNNLAGET FOR FORVENTNINGEN OM KONTRAKTSBRUDD	40
4.1.4.1	Betydningen av en positiv oppregning av holdepunkter	41
4.1.4.2	Kontraktspartens handlemåte	43
4.1.4.3	Alvorlig svikt i kontraktpartens kredittverdighet	45
4.1.4.4	Alvorlig svikt i kontraktspartens evne til å oppfylle kontrakten	47
4.1.5	SPEIELT OM AVHENDING AV FAST EIENDOM	50
4.2	KRAV TIL ARTEN OG OMFANGET AV DET FORVENTEDE MISLIGHOLD	52

4.2.1	PROBLEMSTILLINGEN OG BAKGRUNNEN FOR DENNE	52
4.2.2	IKKE-OPPFYLLELSE AV EN VESENTLIG DEL AV KONTRAKTSFORPLIKTELSENE	53
4.2.3	KRAV OM VESENTLIG KONTRAKTSBRUDD?	53
4.2.4	DEN NÆRMERE VURDERINGEN	56
4.2.5	SPESIELT OM AVHENDING AV FAST EIENDOM	58
4.3	BETYDNINGEN AV SIKKERHETSSTILLELSE	58
4.3.1	PROBLEMSTILLINGEN OG BAKGRUNNEN FOR DENNE	58
4.3.2	SIKKERHETSSTILLELSENS AVSKJÆRENDE VIRKNING	59
4.3.3	KRAVENE TIL SIKKERHETSSTILLELSEN	59
4.3.4	SPESIELT OM AVHENDING AV FAST EIENDOM	63
4.4	BETYDNINGEN AV VARSLING	63
4.4.1	PROBLEMSTILLINGEN OG BAKGRUNNEN FOR DENNE	63
4.4.2	VARSLINGSPLIKTEN	64
4.4.3	RETTLIGE KONSEKVENSER AV UNNLATT VARSLING	65
4.4.4	SPESIELT OM AVHENDING AV FAST EIENDOM	70
5	<u>ADGANGEN TIL Å HEVE KJØPET</u>	71
5.1	KRAV TIL SANNSYNLIGHETEN FOR MISLIGHOLD OG DET FAKTISKE GRUNNLAGET FOR FORVENTNINGEN	71
5.1.1	PROBLEMSTILLINGENE OG BAKGRUNNEN FOR DISSE	71
5.1.2	SANNSYNLIGHETEN FOR KONTRAKTSBRUDD	71
5.1.2.1	Kravet til en viss sannsynlighet	72
5.1.2.2	Særlig om medkontrahentens erklæring om at han ikke vil oppfylle	86
5.1.2.3	Normen for bevisvurderingen	88
5.1.2.4	Tidspunktet for forventningen	89
5.1.3	DET FAKTISKE GRUNNLAGET FOR FORVENTNINGEN OM KONTRAKTSBRUDD	90
5.1.4	SPESIELT OM AVHENDING AV FAST EIENDOM	92
5.2	KRAV TIL ARTEN OG OMFANGET AV DET FORVENTEDE MISLIGHOLD	93
5.3	BETYDNINGEN AV SIKKERHETSSTILLELSE	93
5.3.1	PROBLEMSTILLINGEN OG BAKGRUNNEN FOR DENNE	93
5.3.2	SIKKERHETSSTILLELSENS AVVERGENDE VIRKNING	93
5.3.3	KRAVENE TIL SIKKERHETSSTILLELSEN	95
5.3.3.1	Tidspunktet for sikkerhetsstillelsen	95
5.3.3.2	Sikkerhetsstillelsens innhold	96
5.3.4	SÆRLIG OM SIKKERHETSSTILLELSE HVOR MEDKONTRAHENTEN HAR ERKLÆRT AT HAN IKKE VIL OPPFYLLE	97

5.3.5	SPESIelt OM AVHENDING AV FAST EIENDOM	100
5.4	BETYDNINGEN AV VARSLING	100
5.4.1	PROBLEMSTILLINGEN OG BAKGRUNNEN FOR DENNE	100
5.4.2	VARSLINGSPLIKTEN	101
5.4.3	NÆRMERE KRAV TIL VARSELET	106
5.4.4	RETTLIGE KONSEKVENSER AV UNNLATT VARSLING	108
5.4.5	SÆRLIG OM VARSLING HVOR MEDKONTRAHENTEN HAR ERKLÆRT AT HAN IKKE VIL OPPFYLLE	110
5.4.6	SPESIelt OM AVHENDING AV FAST EIENDOM	113
6	<u>ENKELTE HOVEDFUNN OG RETTSPOLITISKE KOMMENTARER</u>	115
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	119

1 Innledning

1.1 Emnet

Emnet for oppgaven er adgangen til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende på grunnlag av antesipert mislighold – altså et forventet, men ennå ikke aktuelt mislighold, i kjøpsforhold. Hovedproblemstillingen er i hvilken utstrekning det er adgang til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende på dette grunnlag, altså hvilke vilkår som må være tilfredsstilt for at slik adgang skal foreligge, og hva det nærmere innholdet i og rekkevidden av disse vilkårene er.

I motsetning til ved aktuelt mislighold, kan situasjonen være at misligholdet ennå ikke er inntrådt, men forventes å inntre på et senere tidspunkt. Nettopp dette er kjernen i det som omtales som forventet eller antesipert mislighold.¹

Et antesipert mislighold kan på visse vilkår foregripes ved at misligholdsbeføyelser gjøres gjeldende av den som forventes utsatt for misligholdet. Ettersom kontraktsbruddet ennå ikke er inntruffet, er imidlertid ikke alle typer av beføyelser aktuelle. En beføyelse som kan gjøres gjeldende er innstilling av oppfyllelsen, altså en stansing av oppfyllelsesforberedelsene. Dette vil særlig være praktisk i tilvirkningskjøp, der tilvirkningen kan stanses selv om det endelige produkt ikke er ferdigstilt.² En annen er detensjonsrett, altså rett til å holde tilbake egen kontraktsytelse til tross for at oppfylleles-tidspunktet er kommet.³ Detensjonsrett følger også av det alminnelige prinsipp om ytelse mot ytelse,⁴ men i motsetning til tilbakeholdsrett på sistnevnte grunnlag, er ikke tilbakeholdsretten som gjøres gjeldende ved forventet kontraktsbrudd betinget av at det skal skje samtidig utveksling av ytelser etter kontrakten. Detensjonsretten her kan gjøres

¹ Læren om antesipert mislighold har sitt opphav i anglo-amerikansk kontraktsrett, se Treitel, 1988, s. 379 flg. og Treitel, 1995, s. 769 flg.

² Hagstrøm, 2003, s. 591.

³ Om detensjonsrett, se Hagstrøm, 2003, kap. 14 og på s. 591.

⁴ Om prinsippet om ytelse mot ytelse, se Hagstrøm, 2003, s. 352.

gjeldende også der en av partene etter avtalen skal oppfylle før kontraktsmotparten presterer sin ytelse, typisk der det er gitt kreditt eller avtalt forhåndsbetaling. Videre kan stansingsrett gjøres gjeldende.⁵ Stansingsrett i snever forstand er en naturlig forlengelse av detensjonsretten, og innebærer at selgeren kan hindre at kontraktsgjenstanden overgis kjøperen. Beføyelsen har selvstendig betydning der selgeren allerede har sendt salgsgjenstanden slik at den er under transport, men ennå ikke er fysisk overgitt kjøperen. Innstilling av oppfyllelsen, detensjons- og stansingsrett er alle midlertidige beføyelser som skal sikre den som forventes utsatt for kontraktsbrudd mot tap, og skape press på kontraktsmotparten for å oppfylle kontraktsmessig.

Stansingsrett i vid forstand, i betydningen alle de ovennevnte beføyelser, kan utøves der partene skal foreta samtidig utveksling av ytelser. Beføyelsene vil da supplere det alminnelige prinsipp om ytelse mot ytelse, og den derav følgende detensjonsrett. Beføyelsenes selvstendige betydning vil derfor først og fremst være at de åpner for å innstille oppfyllelsen før oppfyllestidspunktet, og gir stansingsrett som rekker lenger enn detensjonsretten. Som nevnt er beføyelsene også anvendelige der en av partene skal yte før kontraktsmotparten presterer sin ytelse, typisk ved kredittkjøp eller forhåndsbetaling, og gir da selvstendig grunnlag for tilbakeholdsrett.

Andre beføyelser som kan være aktuelle ved antesipert mislighold er heving⁶ og erstatning⁷. Dersom vilkårene for å heve kjøpet på dette grunnlaget først foreligger, må det forventede kontraktsbruddet likestilles med et aktuelt, slik at det i tillegg er adgang til å kreve erstatning.⁸ Dette innebærer at det kan kreves erstatning for det økonomiske tap forårsaket av at kjøpet ikke blir kontraktmessig oppfylt. Det siste forutsetter i tillegg at de alminnelige vilkår for erstatning er tilfredsstillt.

Adgangen til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser ved antesipert mislighold er forskjellig for de ulike typer av beføyelser. Generelt er vilkårene strengere for de definitive og vidtrekkende beføyelser enn for de midlertidige og mindre inngripende beføyelser.

⁵ Om stansingsrett, se Hagstrøm, 2003, s. 591.

⁶ Om heving, se Hagstrøm, 2003, kap. 18.

⁷ Om erstatning, se Hagstrøm, 2003, kap. 19-21.

⁸ Augdahl, 1984, s. 280-282. Synspunktet er videreført i Hagstrøm, 2003, s. 592-595.

Det skal derfor sondres mellom midlertidige sanksjoner som innstilling av oppfyllelsen, detensjons- og stansingsrett, på den ene side og definitive sanksjoner, som heving og erstatning, på den annen.

Siktemålet med oppgaven er altså å studere vilkårene for å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser på grunnlag av antesipert mislighold; hvilke vilkår som må være tilfredsstilt og hva som skal til i så henseende. Som det vil fremgå er det noen hovedtyper av vilkår som er sentrale. Dette er vilkår knyttet til sannsynligheten for at kontraktsbrudd vil inntre, beviskrav, og i nær sammenheng med dette, krav til det faktiske grunnlaget for forventningen. Videre er det krav til arten og omfanget av det ventede kontraktsbrudd. Det oppstilles også krav til varsling fra den part som gjør beføyelsen gjeldende og regler for sikkerhetsstillelse fra medkontrahentens side.

1.2 Presiseringer og avgrensninger

Det er adgangen til å gjøre beføyelser gjeldende ved forventet kontraktsbrudd i kjøpsforhold som er temaet. Dette innebærer en avgrensning mot behandling av andre kontraktsforhold. Bakgrunnen for avgrensningen er de kjøpsrettslige reglenes betydelige overføringsverdi til andre kontraktsområder. Kjøpslovens regler om antesipert mislighold har ligget til grunn for flere av de øvrige kontraktslovenes bestemmelser om disse spørsmål. Det må også legges til grunn at de kjøpsrettslige reglene om antesipert mislighold har betydelig overføringsverdi til ulovregulerte kontraktsområder.⁹

Et sentralt spørsmål er hvilke vilkår som må være tilfredsstilt for at misligholdsbeføyelser skal kunne gjøres gjeldende ved antesipert mislighold. Det er i denne sammenheng utelukkende slike vilkår som er spesielle for forventede kontraktsbrudd som skal behandles, og ikke vilkår som i alminnelighet må være tilstede for å gjøre de aktuelle beføyelser gjeldende. Dette innebærer at det for spørsmålet om heving avgrenses mot nærmere behandling av vilkår med hensyn til arten og omfanget av det forventede mislighold. Videre at det for spørsmålet om erstatning avgrenses mot behandling av de alminnelige erstatningsvilkår. Når det gjelder disse vilkårene, kreves ved antesipert mislighold det samme som ved heving eller erstatning ved aktuelt mislighold,

⁹ Nærmere om de kjøpsrettslige reglenes overføringsverdi til øvrige kontraktsområder, nedenfor i del 2.

og særlige spørsmål reiser seg derfor ikke der beføyelsene gjøres gjeldende ved forventet kontraktsbrudd.

Også en nærmere redegjørelse for innholdet i og utøvelsen av de enkelte beføyelsene faller utenfor rammene for oppgaven. Innholdet i retten til å stanse oppfyllelsen, detensjons- og stansingsretten, samt retten til heving og erstatning skal derfor ikke behandles. For stansingsretten innebærer dette at en behandling av innholdet i regelen om hvor lenge retten kan utøves, overgivelseskriteriet, faller utenfor oppgaven. Siden overgivelseskriteriet knytter seg til utøvelse av stansingsrett uavhengig av om stansing skjer på grunnlag av aktuelt eller forventet mislighold, er kriteriet heller ikke spesielt for antesipert mislighold.

Heller ikke detensjons- og stansingsretten etter dekningslovens § 7-2 skal behandles. Bestemmelsen omhandler blant annet kreditors adgang til å holde sin ytelse tilbake og hindre overgivelse til debitor der det allerede før tidspunktet for debtors ytelse er kommet, viser seg at debtors økonomi gjør det umulig for denne å oppfylle sine kontraktsmessige forpliktelser til fastsatt tid. Bakgrunnen for avgrensningen er at de spesielle regler om detensjons- og stansingsrett ved antesipert mislighold i kjøpsloven antas å gå foran den generelle regelen i dekningsloven § 7-2.¹⁰ Dessuten tar dekningsloven § 7-2 primært sikte på konkurs- og insolvenssituasjonene, og er i alle fall begrenset til tilfeller der debtors økonomi er grunnlaget for kreditors beføyelser, mens de kjøpsrettslige reglene om antesipert mislighold har et atskillig videre anvendelsesområde. Dekningsloven § 7-2 har derfor en annen karakter enn reglene om antesipert mislighold i alminnelighet, som skal behandles her.

Emnet er det antesiperte mislighold; en situasjon som kjennetegnes av at kontraktsbruddet ennå ikke er inntrådt, men forventes å inntre på et senere tidspunkt. Av denne grunn behandles verken kjøpsloven §§ 44 eller 56, som begge omhandler kjøp der levering skal skje etter hvert. Bestemmelsene gir riktignok adgang til å heve fremtidige leveringer på grunnlag av en forventning om at hevingsbetingende kontraktsbrudd vil inntre ved disse. Bestemmelsene forutsetter imidlertid at det allerede foreligger

¹⁰ Forutsetningsvis Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111. Se også Bergem, Rognlien, 1995, s. 300 og Andenæs, 1999, s. 131.

kontraktsbrudd ved minst en del-levering, og skiller seg dermed prinsipielt fra de regler om antesipert mislighold som her skal behandles.

1.3 Rettskildene og den juridiske metode

I det følgende skal det pekes på enkelte særtrekk ved rettskildesituasjonen og den juridiske metode for de problemstillinger som drøftes.

Utgangspunktet ved fastleggelsen av partenes adgang til å gjøre gjeldende beføyelser ved antesipert mislighold i et konkret kjøpsforhold er partenes avtale. Avtalen må imidlertid tolkes og undertiden utfylles, hvilket innebærer at løsningen av de retts-spørsmål som oppstår må finnes i et samspill mellom kontraktens bestemmelser og de øvrige rettskilder som bakgrunnsrett. I oppgaven er det utelukkende rettskilder som gir grunnlag for generelle rettsregler - bakgrunnsretten for de konkrete avtaleforhold - som skal behandles.

Adgangen til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser på grunnlag av antesipert mislighold i kjøpsforhold er regulert i kjøpsloven¹¹ §§ 61 og 62 og i forbrukerkjøpsloven¹² § 55. Sistnevnte bestemmelse gir kjøpslovens regler om forventet kontraktsbrudd direkte anvendelse i forbrukerkjøp. Dette innebærer at det som utgangspunkt må legges til grunn at spørsmålene om antesipert mislighold skal løses på samme måte etter de to regelsett. Det legges derfor ikke opp til noen separat behandling av forbrukerkjøpene. En forskjell mellom ordinære kjøp og forbrukerkjøp er imidlertid at reglene for førstnevnte er deklarasjonelle, jfr. kjøpsloven § 3, mens de for sistnevnte er preseptoriske til vern for forbrukeren, jfr. forbrukerkjøpsloven § 3.¹³

Avhendingslova¹⁴ §§ 6-1 og 6-2 oppstiller regler om antesipert mislighold som i det vesentlige svarer til kjøpslovens regler.¹⁵ Det tas derfor kun sikte på å fremholde for-

¹¹ Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.

¹² Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34.

¹³ Om deklarasjonell og preseptorisk lovgivning, se Hagstrøm, 2003, s. 51-52.

¹⁴ Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93.

¹⁵ Det siste fremkommer både av ordlyden i avhendingslova §§ 6-1 og 6-2 holdt opp mot kjøpsloven §§ 61 og 62, og av avhendingslovas forarbeider, jfr. særlig Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 124 og 126.

skjellene mellom de to regelsett og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved avhending av fast eiendom. Avhendingslova er deklaratisk, jfr. lovens § 1-2, første ledd, men preseptorisk til vern for forbrukeren i forbrukerkjøp, jfr. § 1-2, annet ledd.

For spørsmål om adgangen til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende ved forventet kontraktsbrudd må kjøpslovens bestemmelser forstås på bakgrunn av internasjonale rettskilder. Særlig har FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp, CISG,¹⁶ sentral betydning for forståelsen av kjøpslovens regler. Norge er folkerettslig forpliktet av FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp, og konvensjonen er gjennomført i norsk rett ved transformasjon i kjøpsloven. Dermed må konvensjonsteksten tillegges rettskildemessig relevans som en spesiell form for forarbeider til transformasjonsloven.¹⁷ Den folkerettslige forpliktelsen tilsier at det er særlig grunn til å legge vekt på konvensjonen ved forståelsen av transformasjonsloven.¹⁸

Videre er det av betydning at så vel CISG artikkel 7, første ledd som kjøpsloven § 88, første ledd oppstiller et prinsipp om det ved tolkingen av henholdsvis konvensjonsteksten og de bestemmelser i kjøpsloven som bygger på denne, skal tas hensyn til reglenes internasjonale karakter og behovet for å fremme en ensartet anvendelse av disse regler. Det oppstilles således et prinsipp om konvensjonsautonom fortolkning.¹⁹ For å oppnå ensartet internasjonal og konvensjonsautonom forståelse, må konvensjonsteksten, samt konvensjonens bakgrunnsmateriale og tilknyttede tolkingspraksis, være relevante tolkingsmomenter ved forståelsen av kjøpsloven i internasjonale kjøp.²⁰

Et spørsmål er hvorvidt dette også gjelder ved fastleggelsen av kjøpslovens innhold i nasjonale kjøp. Det faktum at lovgiver bevisst har valgt å gi kjøpsloven anvendelse både på nasjonale og internasjonale kjøp, jfr. kjøpsloven §§ 1 og 5, tilsier at det ikke skilles

¹⁶ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna April 11, 1980. Norsk tittel: FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, 1980.

¹⁷ Eckhoff, Helgesen, 2001, s. 289.

¹⁸ L.c.

¹⁹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 407, 449 og 468 og Hagstrøm, 2003, s. 50 og 51.

²⁰ L.c. Nærmere om tolking av konvensjonsbasert lovgivning i Stenvik, 2001, s. 193-217, særlig s. 196-200.

systematisk mellom disse to former for kjøpsforhold med hensyn til hvilke rettskild-faktorer som skal tas i betraktning ved anvendelsen av loven.²¹

Det fremgår av kjøpslovens forarbeider at en sentral målsetning har vært å oppnå størst mulig grad av harmonisering av reglene for nasjonale og internasjonale kjøpsforhold. I den nordiske arbeidsgruppens utredning NU 1984:5, uttales følgende om dette:

”Enligt arbetsgruppens uppfatning bör konventionen såväl i fråga om uppbygg-nad (systematikk) som i fråga om materiellt innehåll tillmätas betydelse vid en modernisering av den nationella köprettsliga lagstiftningen.

Om de nya köplagarna till sin *systematik* utformas i anslutning till FN-konven-tionen innebär det att de nya köplagarna till sin uppbyggnad kommer att avvika från de gällande köplagarna. För den som är van vid att arbeta med den nuvarande systematiken kan detta till en början medföra vissa svårigheter. Från praktisk synvinkel är det likväl en fördel om den nationella och den internatio-nella regleringen till sin systematik inte avviker från varandra alltför radikalt. Om strukturen i de nationella köplagarna i vissa grundläggande drag motsvarar konventionen torde detta nämligen göra det lättare för läsaren att jämföra de två regelsystemen och se vilka olikheter som föreligger i bestämmelsernas innehåll. Även beträffande de *materiella* frågorna finns det skäl att - oavsett sättet för konventionens genomförande - beakta dess bestämmelser vid utformningen av de nya nationella köplagarna. Även om man för dansk, finsk och svensk del inte är bunden av konventionens lösningar, finns det skäl att ta hänsyn till dem för att undvika onödiga skillnader mellan de regler som gäller vid internationella köp, å ena sidan, och vid nationella och nordiska köp, å den andra.”²²

Uttalelsene følges opp av Justisdepartementet i Ot. prp. nr. 80 (1986-87):

”Under arbeidet med nye nordiske kjøpslover har det vært en klar målsetting å få til mest mulig harmoni med FN-konvensjonens regler. Begrunnelsen for dette er dels at det anses ønskelig at reglene for nasjonale og internasjonale kjøp blir

²¹ Hagstrøm, 2003, s. 51.

²² NU 1984:5, s. 158.

tilnærmet like. Dels representerer konvensjonens regler en modernisering av kjøpsretten som også bør få uttrykk i den nasjonale lovgivning. ... Justisdepartementet viser til den begrunnelse som arbeidsgruppen har gitt. Det kan etter departementets syn ikke være tvil om at en harmonisering med konvensjonen har store fordeler. Det er derfor også i arbeidet med proposisjonen lagt stor vekt på tilpassing til de regler som fins i FN-konvensjonen, selv om man naturligvis ikke kan oppnå full identitet mellom de to regelsett.²³

Uttalelsene i forarbeidene fremhever entydig harmonisering av reglene for nasjonale og internasjonale kjøp som et sentralt hensyn og en vesentlig målsetning ved utformingen av kjøpsloven. Dette taler med styrke for at konvensjonen med tilhørende rettskilder må trekkes inn som supplerende tolkingsmomenter ved anvendelsen av kjøpsloven også på nasjonale kjøp.

FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp har bestemmelser om antesipert mislighold i artiklene 71 og 72. Bestemmelsene har dannet utgangspunktet for utformingen av kjøpsloven §§ 61 og 62,²⁴ og det er da også betydelige likheter mellom konvensjonens og kjøpslovens regler om forventet kontraktsbrudd. Dette gjør det særlig nærliggende å anvende konvensjonen med tilhørende rettskilder aktivt ved fortolkningen av kjøpslovens regler på dette området.

I tillegg har både UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts²⁵ og Principles of European Contract Law, PECL,²⁶ betydning for forståelsen av kjøpslovens bestemmelser om forventet kontraktsbrudd.²⁷ Dette er ikke konvensjoner, men sam-

²³ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 19.

²⁴ Op. cit. s. 16-19 og 111-112.

²⁵ UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, Roma, 1994.

²⁶ The Principles of European Contract Law, prepared by The Commission on European Contract Law. Publisert i Lando, Beale, 2000.

²⁷ Nærmere om UNIDROIT Principles og PECL, herunder om prinsippenes betydning for norsk rett, se Hagstrøm, 2003, s. 61-66. Se også Heggeberget, Nyland, i TfR 2000, s. 251 flg. Om betydningen av UNIDROIT Principles og PECL ved utfylling av CISG, se Herre, i Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, 1997, s. 439 flg.

linger av generelle prinsipper, kommentarer og eksempler. I motsetning til CISG er verken UNIDROIT Principles eller PECL folkerettslig bindende. Prinsippene er anbefalte løsninger og har dersom de ikke er uttrykkelig vedtatt av partene, relevans og vekt utelukkende som følge av sin materielle overbevisningskraft. Prinsippene er formulert med sikte på internasjonale kontraktsforhold, men kan også få betydning for norsk rett, gjennom bidrag til presiseringen av reglene om forventet kontraktsbrudd slik disse kommer til uttrykk i kjøpsloven. At prinsippene gis en slik betydning kan for det første begrunnes med den formelle autoritet særlig UNIDROIT Principles innehar, i kraft av å være vedtatt av UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, der Norge er et av medlemslandene. For det andre, og kanskje viktigere, er prinsippene slik de er nedfelt både i UNIDROIT Principles og i PECL, internasjonalt anerkjent for høy kvalitet og hensiktsmessige løsninger. For det tredje er det et betydelig innholdsmessig sammenfall mellom de ulike regelsett, for de spørsmål vi her står overfor. Prinsippene for antesipert mislighold i UNIDROIT Principles og PECL har store likhetstrekk med, og synes å være generaliseringer fra, reglene om forventet kontraktsbrudd i CISG. Derfor er likheten også med kjøpslovens regler betydelig. Dette gjør det nærliggende å se hen til prinsippene som supplerende tolkingsmomenter ved presiseringen av kjøpslovens regler om antesipert mislighold. For det fjerde kommer lovgivers overordnede målsetting om størst mulig harmonisering av norsk og internasjonal kjøpsrett, jfr. uttalelsene i kjøpslovens forarbeider referert ovenfor, særlig Justisdepartementets uttalte ønske om at reglene for nasjonale og internasjonale kjøp skal bli tilnærmet like, i Ot. prp. nr. 80 (1986-87).²⁸

Det foreligger begrenset rettspraksis om antesipert mislighold i kjøpsforhold, særlig er det få avgjørelser vedrørende stansingsrett. Dette betyr ikke at spørsmålene har liten praktisk betydning. Antakelig har mengden rettspraksis sammenheng med situasjonen som kjennetegner stansing ved antesipert mislighold, nemlig at stansingsbeføyelser gjøres gjeldende uten at kontraktsbrudd ennå er inntrådt, men hvor dette forventes å inntre. Etter en tid vil situasjonen avklares, enten ved at kjøpet heves, at kontraktsbrudd inntre eller ved at kjøpet likevel oppfylles kontraktsmessig. I førstnevnte tilfeller er det grunn til å anta at saken, dersom den bringes inn for domstolene, ofte vil komme opp som et spørsmål om heving eller aktuelt mislighold. I sistnevnte tilfelle er det nær-

²⁸ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 19.

liggende å anta at saken ofte ikke vil bringes inn for domstolene. Når spørsmål om berettigelsen av å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser på grunnlag av antesipert mislighold bringes inn for domstolene, vil det være spørsmål om vilkårene for å stanse eller heve har vært tilfredsstilt, eller om parten som har gjort beføyelsen gjeldende dermed har gjort seg skyldig i kontraktsbrudd. Rettspraksis, herunder voldgiftspraksis, vil der slik finnes være en sentral tolkingsfaktor ved tolkingen av kjøpslovens bestemmelser.²⁹

Reelle hensyn³⁰ vil være en viktig supplerende tolkingsfaktor ved tolkingen av kjøpslovens bestemmelser om forventet kontraktsbrudd. Spesielt vil hensynsbetraktninger være sentrale der de øvrige rettskildefaktorene åpner for flere tolkingsalternativer. For spørsmål om beføyelser ved antesipert mislighold vil særlig hensynet til aktsomhet og lojalitet i kontraktsforhold,³¹ og konsekvenshensyn; herunder hensynet til rimelighet,³² være sentrale. En viktig målsetting ved utformingen av reglene om forventet kontraktsbrudd i CISG var å sikre best mulig balanse mellom kontraktspartenes interesser.³³ Dette tilsier at slik balanse bør være et hensyn som vektlegges ved tolkingen av konvensjonsbestemmelsene. Det bør ved tolkingen tilsiktes best mulig likevekt mellom interessene til den part som har en begrunnet forventning om at kontraktsbrudd vil inntre på den annen parts side, og på den annen side interessene til medkontrahenten, som kanskje er i en vanskelig situasjon, men som likevel ønsker å oppfylle sine kontraktsmessige forpliktelser. Ettersom kjøpslovens regler om forventet kontrakts-

²⁹ Om rettspraksis, herunder voldgiftspraksis, som rettskildefaktor ved løsningen av kontraktsrettslige spørsmål, se Hagstrøm, 2003, s. 53-58.

³⁰ Om reelle hensyn som rettskildefaktor ved løsningen av kontraktsrettslige spørsmål, se Hagstrøm, 2003, s. 72-77.

³¹ At det foreligger et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold, fremkommer av en rekke rettsavgjørelser, se for eksempel Rt. 1988 s. 1078.

³² Så vel det alminnelige prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold som avtaleloven § 36 tilsier at det ved fastleggelsen av partenes rettigheter og plikter etter kontrakten, og også ved avgjørelsen av spørsmål knyttet til misligholdsbeføyelser etc., må gjelde en viss rimelighetsstandard, jfr. Hagstrøm, 2003, s. 74.

³³ Dette fremkommer av drøftingene under utarbeidelsen av konvensjonens bestemmelser om antesipert mislighold, gjengitt i forarbeidene til konvensjonen. Illustrerende er United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook Volume V 1974, United Nations, New York, 1975, s. 38, avsnitt 93 flg. og Yearbook Volume VI 1975, United Nations, New York, 1976, s. 59, avsnitt 99-100.

Se også Leser i Schlechtriem, 1998, s. 522.

brudd bygger på de tilsvarende reglene i CISG, er det grunn til spesielt å vektlegge hensynet til balanse mellom partenes interesser også ved tolkingen av kjøpslovens regler om antesipert mislighold.

1.4 Den videre fremstilling

I oppgavens del 2 skal det kort redegjøres for overføringsverdien reglene om antesipert mislighold i kjøpsforhold har til øvrige kontraktsområder. Dette gjøres dels fordi en konstatering av slik overføringsverdi har verdi i seg selv, dels fordi de kjøpsrettslige reglenes sentrale stilling er en begrunnelse for avgrensningen av oppgaven.

I del 3 behandles de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende ved antesipert mislighold i kjøpsforhold. Det skal drøftes hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, og hvordan disse er avveid ved utformingen av reglene for denne type mislighold.

I oppgavens del 4 skal adgangen til å innstille oppfyllelsen og utøve detensjons- og stansingsrett på grunnlag av antesipert mislighold behandles. I del 5 behandles adgangen til å heve og kreve erstatning på slikt grunnlag. Så vel i del 4 som i del 5 er det de spesielle vilkårene for å gjøre beføyelsene gjeldende ved forventet kontraktsbrudd som er temaet. Dette gjelder vilkår knyttet til sannsynligheten for fremtidig mislighold – beviskrav, og krav til det faktiske grunnlaget for forventningen. Videre omfatter dette vilkår knyttet til arten og omfanget av det forventede mislighold, og krav til sikkerhetsstillelse og varsling.

Avslutningsvis i oppgavens del 6 oppsummeres noen hovedfunn. Her skal også enkelte rettspolitiske synspunkter presenteres.

2 Reglene om antesipert mislighold i kjøpsforhold – noe om overføringsverdien til øvrige kontraktsområder

Den tradisjonelle oppfatningen i norsk rett har vært at det for ulovregulerte kontraktsforhold i betydelig utstrekning kunne trekkes analogier fra de kjøpsrettslige regler om antesipert mislighold. Kjøpsloven av 1907 regulerte adgangen til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser ved enkelte former for antesipert mislighold. Sentrale bestemmelser var lovens § 28, som oppstilte hevingsrett for selgeren der kjøperen ikke i rett tid traff "... foranstaltning hvorpaa kjøbesummens betaling beror ...", og § 39, som oppstilte stansings- og hevingsrett for kredittselgeren der det på grunn av kjøperens økonomiske forhold var grunn til å vente at han ikke ville være i stand til å betale kjøpesummen ved forfall. Fra disse fragmentariske lovbestemmelsene ble det i stor utstrekning trukket analogier til ulovregulerte former for forventet kontraktsbrudd i kjøpsforhold og til ulovfestede kontraktsforhold.³⁴

Ved vedtakelsen av ny kjøpslov, og dermed nye regler for antesipert mislighold i lovens §§ 61 og 62, fikk vi en mer fullstendig regulering av adgangen til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende ved antesipert mislighold. I ettertid er det kommet til en rekke nye kontraktslover som inneholder bestemmelser om antesipert mislighold, bestemmelser som for en stor del er identiske med eller svært like reglene i kjøpsloven. Ordlyden i flere av lovbestemmelsene ligger tett opp til kjøpslovens formuleringer, og uttalelser i lovforarbeidene fremholder uttrykkelig at reglene bygger på og tilsvarer reglene i kjøpsloven.

Avhendingslova er allerede nevnt, lovens bestemmelser om antesipert mislighold i §§ 6-1 og 6-2 er etter ordlyden tilnærmet identiske med kjøpslovens bestemmelser. I for-

³⁴ Se for eksempel Augdahl, 1984, s. 280-283 med videre henvisninger.

arbeidene fremholdes da også at bestemmelsene i det vesentlige svarer til kjøpslovens bestemmelser.³⁵

Håndverkertjenesteloven³⁶ har regler om hevingsrett ved forventet kontraktsbrudd i §§ 15, tredje ledd og 26, annet ledd. Bestemmelsene gir forbrukeren adgang til å heve tjenestekontrakten på grunnlag av forventet kontraktsbrudd i form av forsinket og mangelfull utføring av håndverkertjenesten. I tillegg gir håndverkertjenesteloven § 43, første ledd, litra c tjenesteyteren hevingsrett der det allerede på forhånd er klart at det vil inntre hevingsbetingende forsinkelse knyttet til forbrukerens betaling eller medvirkning. Med hensyn til de grunnleggende hevingsvilkårene er det store likheter mellom disse bestemmelsene og hevingsregelen i kjøpsloven. Forarbeidene til håndverkertjenesteloven viser til kjøpsloven og dens bestemmelse om heving ved forventet kontraktsbrudd.³⁷

Bustadoppføringslova³⁸ §§ 20, 34 og 57, alles første ledd, annet pkt. gir både forbrukeren og entreprenøren rett til å heve avtalen ved ulike former for forventet kontraktsbrudd. Bestemmelsene gir hevingsrett på betingelser som når det gjelder sannsynligheten for kontraktsbrudd og arten og omfanget av det ventede bruddet, ligger svært nær kravene etter kjøpsloven. For entreprenørens hevingsrett etter bustadoppføringslova § 57, første ledd, annet pkt., gjelder i tillegg regler om melding og sikkerhetsstillelse som har klare likhetstrekk med kjøpslovens regler om dette.

Fordi reglene om antesipert mislighold i kjøpsloven, og særlig regelen om heving, i stor utstrekning har dannet grunnlaget for de senere kontraktslovers bestemmelser om forventet kontraktsbrudd, vil forståelsen av de kjøpsrettslige regler på dette området ha betydelig overføringsverdi til de øvrige lovregulerte kontraktsområdene.

³⁵ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 124-126.

³⁶ Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63.

³⁷ Ot. prp. nr. 29 (1988-89), s. 81, 90 og 102, jfr. også s. 3.

³⁸ Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.

Overføringsverdien gjelder imidlertid bare så langt de øvrige kontraktslover faktisk bygger på de kjøpsrettslige regler om antesipert mislighold. De kjøpsrettslige løsninger kan ikke uten videre overføres til andre lovregulerte kontraktsområder som mangler tilsvarende regler som de kjøpsloven oppstiller. For eksempel er det i håndverkertjenesteloven ingen egne bestemmelser som åpner for å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser ved antesipert mislighold. Og bustadoppføringslova har ingen egen regel som gir forbrukeren tilbakeholdsrett i vederlaget ved forventet kontraktsbrudd fra entreprenørens side. At håndverkertjenesteloven mangler bestemmelser om tjenesteyterens rett til å stanse arbeidet og forbrukerens rett til å holde tilbake vederlaget til tross for at loven har regler om heving ved forventet kontraktsbrudd, taler i seg selv mot at stansingsbeføyelsene skal kunne gjøres gjeldende på egne og lempeligere vilkår enn de som gjelder ved heving. Tilsvarende for bustadoppføringslova, som ikke har en egen regel som gir forbrukeren detensjonsrett, men oppstiller hevingsrett ved forventet kontraktsbrudd fra entreprenørens side.

Dersom lovgivers intensjon var at det også for disse øvrige kontraktsforhold skulle sondres mellom midlertidige og definitive beføyelser, slik at stansingsbeføyelsene skulle kunne gjøres gjeldende på andre og lempeligere vilkår enn heving, ville det vært naturlig å la dette komme til uttrykk i lovene gjennom uttrykkelige bestemmelser om stansing ved forventet kontraktsbrudd. Særlig nærliggende ville dette være ettersom kjøpsloven, som generelt har tjent som forbilde for senere kontraktslovgivning, skiller mellom de forskjellige typer av beføyelser. Når de nevnte lover ikke inneholder særlige stansingsbestemmelser, taler dette derfor mot å anvende de kjøpsrettslige prinsippene for stansings- og tilbakeholdsrett ved antesipert mislighold også på kontrakter om håndverkertjenester eller forbrukerentrepriser.

Det kan derfor neppe være riktig når Hov etter å ha konstatert at verken håndverkertjenesteloven eller bustadoppføringslova har regler om tilbakeholdsrett ved forventet kontraktsbrudd, legger til grunn at tilbakeholdsrett må kunne gjøres gjeldende på de samme vilkår som etter kjøpsloven og avhendingslova, enten ved analogisk anvendelse eller basert på ulovfestet kontraktsrett.³⁹ Stand-

³⁹ Hov, 2002 II, s. 256-257.

punktet er ikke nærmere begrunnet. Hagstrøm synes å være uenig med Hov, og begrunner sitt standpunkt blant annet med lovenes taushet på dette punkt.⁴⁰

De kjøpsrettslige løsninger kan heller ikke overføres til andre lovregulerte kontraktsområder dersom disse oppstiller avvikende regler i forhold til hva som følger av kjøpsloven. Et eksempel her er bustadoppføringslova § 56, tredje ledd, som gir entreprenøren adgang til å stanse arbeidet ved forventet kontraktsbrudd på forbrukerens side. Kravet til sannsynligheten for kontraktsbrudd er imidlertid det samme som ved heving, sml. bustadoppføringslova § 57, første ledd, annet punktum. Beviskravet for stansing er dermed et annet her enn etter kjøpslovens stansingsregel, og forståelsen av de kjøpsrettslige stansingsregler på dette punkt har derfor ikke overføringsverdi til forbruker-entreprisene.

Ulikhetene i adgangen til å innstille oppfyllelsen har antakelig sammenheng med den varierende betydningen oppfyllellesstans har i ulike kontraktsforhold. I kjøpsforhold vil, med unntak av tilvirkningskjøpene, innstilling av oppfyllelsen utelukkende innebære at oppfyllellesforberedelsene stanses. Innstilling av en håndverkertjeneste eller entreprise vil derimot innebære stansing av selve kontraktsarbeidet. En oppfyllellesstans vil derfor normalt ha større konsekvenser i tjenestekontrakter enn i kontrakter om kjøp. I tillegg kommer at hvor det er avtalt avdragsvis betaling av vederlaget vil et forventet betalingsmislighold regelmessig referere seg til arbeid som helt eller delvis er utført, mens stansingen omfatter arbeid der vederlagskravet ennå ikke er forfalt.⁴¹

Det faktum at den nye kjøpsloven inneholder en mer detaljert og fullstendig regulering av antesipert mislighold enn den tidligere lov, og at senere kontraktslover oppstiller regler om forventet kontraktsbrudd som i betydelig grad bygger på den nye kjøpslovens regler, styrker den tradisjonelle oppfatningen om at de kjøpsrettslige regler om antesipert mislighold har betydelig overføringsverdi til andre, ikke lovregulerte kontraktsområder. Der det innenfor lovfestede kontraktsområder gjennomgående oppstilles sammenfallende regler for forventet kontraktsbrudd og identiske eller svært like vilkår for å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende, er det nærliggende å legge til grunn tilsvarende regler og betingelser også for ulovfestede kontraktsforhold. I tillegg kommer

⁴⁰ Hagstrøm, 2003, s. 592.

⁴¹ L.c.

at kjøpslovens regler om antesipert mislighold i det vesentlige bygger på og må antas å være i overensstemmelse med, sentrale internasjonale kontraktsrettslige kilder, i første rekke FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp. Dette bidrar til å styrke de kjøpsrettslige reglenes særlige stilling som premissleverandør for øvrige kontraktsområder.

Også reelle hensyn taler for å gi kjøpslovens prinsipper for stansings- og hevingsrett ved antesipert mislighold anvendelse på ulovfestede kontraktsområder. Prinsippet om stansingsrett ved forventet kontraktsbrudd ivaretar et behov som regelmessig vil kunne oppstå, ved at en part i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold opplever at det før oppfyllestidspunktet viser seg at medkontrahenten mangler tilstrekkelig evne eller vilje til å oppfylle sine forpliktelser. Det vil da være behov for midlertidige sanksjoner som sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse og mot eget økonomisk tap. På samme måte ivaretar prinsippet om hevingsrett et reelt behov i gjensidige kontraktsforhold, nemlig behovet for raskt å komme ut av kontrakten for å kunne foreta nødvendige dekningsstransaksjoner.

Når det legges til grunn at det i alminnelighet er behov for å stanse, og i enkelte tilfeller også heve kontrakten, ved forventet kontraktsbrudd, synes de kjøpsrettslige reglenes sontring mellom midlertidige og definitive beføyelser hensiktsmessig. En avveining av de kryssende hensyn tilsier at vilkårene bør være lempeligere for å gjøre gjeldende midlertidige og mindre inngripende stansingsbeføyelser enn for å heve kontrakten.⁴² Der kontraktslovenes, og i første rekke kjøpslovens, regler om antesipert mislighold er resultat av en bevisst avveining av de forskjellige hensyn og er vel avstemt med hensyn til de ulike beføyelsenenes karakter, er det særlig nærliggende å legge til grunn tilsvarende regler utenfor de lovregulerte kontraktsforhold.

Det syn at de kjøpsrettslige regler om antesipert mislighold for en stor del er uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper som så langt de passer må få anvendelse på ulovfestede kontraktsforhold, har solid støtte i rettsteorien. Hagstrøm drøfter spørsmålet og legger en slik forståelse til grunn.⁴³

⁴² Nærmere om de kryssende hensyn ved antesipert mislighold, nedenfor i del 3.

⁴³ Hagstrøm, 2003, s. 592 og forutsetningsvis s. 594-596. Se også Krüger, 1989, s. 674 og Hov, 2002 II, s. 256-257.

Dette innebærer at forståelsen av de kjøpsrettslige regler om antesipert mislighold har betydelig overføringsverdi også til andre og ikke lovregulerte kontraktsområder.

Selv om de kjøpsrettslige regler om antesipert mislighold uttrykker alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, får disse bare anvendelse så langt de passer.⁴⁴ Reservasjonen innebærer at det må tas utgangspunkt i det aktuelle kontraktsforhold og forventede mislighold, og vurderes om de alminnelige prinsippene er anvendelige og hensiktsmessige. Det må også tas stilling til om prinsippene skal gis anvendelse fullt ut eller bare delvis.

For de lovregulerte håndverkertjenestene og forbrukerentreprisene er det som nevnt ikke adgang til å gjøre gjeldende stansings- og tilbakeholdsrett ved forventet kontraktsbrudd på lempeligere vilkår enn ved heving, slik det er i kjøpsforhold. Enkelte ulovfestede kontraktsforhold vil ha flere likhetspunkter med tjeneste- og entreprisekontraktene enn med kontrakter om kjøp. Her kan det tenkes at stansing av kontraktsarbeidet vil være særlig inngripende overfor medkontrahenten. Det kan for disse kontraktsforhold være grunn til å oppstille like strenge vilkår for å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser som for å heve kontrakten. Dette kan være tilfellet ved kontrakter om immaterielle tjenester, der løpende personlig oppfølging er avgjørende. Hagstrøm nevner advokattjenester.⁴⁵

Et annet eksempel knytter seg til det særlig strenge beviskravet ved heving av kontrakten på grunnlag av antesipert mislighold. Som et utgangspunkt må nok tilsvarende beviskrav gjelde også ved heving i ulovfestede kontraktsforhold, men som fremholdt av Augdahl⁴⁶ og Hagstrøm⁴⁷, kan det ved enkelte former for forventet kontraktsbrudd være grunn til å lempe på beviskravet. Grunn til å anvende et lempeligere beviskrav kan det være der det er realytelsen etter kontrakten som forventes misligholdt. Rettidig realoppfyllelse vil ofte være svært viktig for den berettigede, som derfor vil ha behov for raskt å komme ut av kontrakten for å foreta en dekningsstransaksjon, ved risiko for mislighold. Særlig grunn til å anvende et lempeligere beviskrav vil det kunne være der grunnlaget for forventningen om mislighold av realytelsen er medkontrahentens egen handlemåte eller manglende evne til å oppfylle sine forpliktelser.

⁴⁴ Hagstrøm, 2003, s. 592.

⁴⁵ L.c.

⁴⁶ Augdahl, 1984, s. 281-282.

⁴⁷ Hagstrøm, 2003, s. 594-595.

3 De grunnleggende hensyn ved antesipert mislighold

3.1 De grunnleggende og motstående hensyn

Den faktiske situasjonen ved antesipert mislighold er at den ene parten i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold har en mer eller mindre velbegrunnet forventning om at kontraktsmotparten ikke kommer til å oppfylle kontraktsmessig, men at kontraktsbrudd ennå ikke er inntrådt.

Ulike og motstridende hensyn vil her gjøre seg gjeldende. På den ene side tilsier hensynet til parten som forventes utsatt for mislighold at denne ikke bør være forpliktet til å fortsette oppfyllellesforberedelsene og eventuelt oppfylle sine kontraktforpliktelser, uavhengig av muligheten for kontraktsbrudd på kontraktsmotpartens side. Hensynet vil i særlig grad gjøre seg gjeldende der sannsynligheten for kontraktsbrudd er stor og det faktiske grunnlaget for forventningen er solid. Det ville være uheldig om kreditor tross en betydelig risiko for, og en velbegrunnet forventning om, kontraktsbrudd på debtors side likevel hadde plikt til å fortsette sine oppfyllellesforberedelser og oppfylle sine forpliktelser uten å kunne sikre seg mot fremtidig tap. Hensynet til den kontraktspart som forventes utsatt for mislighold tilsier derfor at det i en viss utstrekning bør være adgang til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende utelukkende på grunnlag av en forventning om kontraktsbrudd, og videre at vilkårene med hensyn til beviskrav og faktisk grunnlag for forventningen ikke bør være for strenge.

Den part som frykter at medkontrahenten ikke vil oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten, vil i første rekke ha behov for å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende for å sikre seg mot økonomisk tap ved å oppfylle kontrakten uten at den annen part følger opp. Videre vil parten kunne ha behov for å heve avtalen, og ved det oppheve både sin egen og motpartens rett og plikt til å oppfylle avtalen etter sitt innhold. Behov for å heve vil det særlig kunne være der rettidig oppfyllelse av kontrakten er avgjørende eller av vesentlig betydning for parten, slik at det er nødvendig raskt å foreta en deknings-transaksjon.

På den annen side tilsier hensynet til kontraktsmotparten at denne ikke bør utsettes for misligholdsbeføyelser ved enhver mistanke om at kontraktsbrudd vil inntre. Dette gjelder særlig der sannsynligheten for kontraktsbrudd er liten og holdepunktene for forventningen er svake. Det ville gjøre debtors posisjon utsatt og usikker om han alene på grunnlag av kreditors løst funderte mistanke eller antagelse om at kontraktsbrudd vil inntre, kunne utsettes for kontraktbruddssanksjoner fra kreditors side. Hensynet til kontraktsmotparten tilsier derfor at adgangen til å gjøre sanksjoner gjeldende ikke bør være for vid, og at kravet til sannsynligheten for kontraktsbrudd og det faktiske grunnlaget for kontraktbruddsforventningen derfor bør være relativt strenge.

Hvor sterkt disse motstridende hensyn gjør seg gjeldende vil altså variere med sannsynligheten for kontraktsbrudd. I enkelte tilfeller vil det med sikkerhet kunne fastslås at kontraktsbrudd kommer til å inntre. I andre tilfeller vil det ikke være mulig å fastslå dette sikkert, kun at det foreligger fare for fremtidig brudd. Faregraden kan variere fra tilfeller hvor risikoen er svært høy, via tilfeller hvor det er like sannsynlig at kontraktsbrudd vil inntre som at dette ikke vil skje, til tilfeller hvor risikoen er liten. I utgangspunktet vil hensynet til parten som forventes utsatt for kontraktsbruddet, veie tyngre jo større sannsynligheten for brudd er, og dominere der sannsynligheten er svært høy. De motstående hensyn gjør seg begge gjeldende med en viss styrke der det ikke med sikkerhet eller overveiende sannsynlighet kan fastslås at kontraktsbrudd vil inntre, men det på generelt grunnlag foreligger en viss risiko for brudd. Ettersom det her utelukkende foreligger en fare for fremtidig kontraktsbrudd, er det i disse tilfeller mer betenkelig å tillate at misligholdsbeføyelser gjøres gjeldende.⁴⁸

Avveiningen av hensynene vil samtidig bero på hvilke faktiske holdepunkter forventningen om kontraktsbrudd bygger på. Grunnlaget for kreditors forventning kan være debtors handlinger eller uttalelser i tiden mellom kontraktsslutning og oppfyllelse av kjøpet. Et eksempel på at debitor ved sin handlemåte viser at han ikke kommer til å oppfylle kontraktsmessig, er at han unnlater å foreta de nødvendige oppfyllelsesforberedelser. Et annet er at debitor uttrykkelig tilkjennegir at han ikke er i stand til å oppfylle kontraktsmessig eller ikke har til hensikt å oppfylle fordi han ikke anser seg kontraktsmessig forpliktet til dette. Grunnlaget for forventningen kan også være

⁴⁸ Hagstrøm, 2003, s. 589.

debitors sviktende evne til å oppfylle kontraktsmessig. Det kan her være tale om svært forskjelligartede tilfeller, for eksempel at debtors økonomiske, produksjonsmessige eller kunnskapsmessige evne eller kapasitet til å oppfylle svikter. Holdepunktene for forventningen kan altså være både debtors manglende evne og vilje til å oppfylle kontraktsmessig. Generelt vil hensynet til parten som forventes utsatt for kontraktsbrudd veie tyngre jo flere og mer konkrete faktiske holdepunkter som ligger til grunn for kontraktbruddsforventningen.

Vekten av hensynene vil også variere etter hva slags type misligholdsbeføyelser som gjøres gjeldende. Ved midlertidige og mindre inngripende sanksjoner, som stansing, vil hensynet til beskyttelse av den kontraktspart som fryktes å ikke ville oppfylle kontraktsmessig og som vil utsettes for sanksjonen, ha mindre vekt enn der det er tale om å gjøre gjeldende mer vidtrekkende sanksjoner som heving og erstatning.

3.2 Avveiningen av hensynene

De motstridende hensyn må avveies mot hverandre ved utformingen av rettsreglene på området. I prinsippet synes det klart at det er behov for å kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser utelukkende på grunnlag av en forventning om mislighold. Uten en slik adgang vil kreditor stilles i en uheldig situasjon ved å måtte fortsette oppfyllellesforberedelsene og undertiden oppfylle kontrakten, uansett hvor stor risikoen for kontraktsbrudd på debtors side er, og hvor velbegrunnet forventningen om kontraktsbrudd måtte være. Dette vil utsette kreditor for en betydelig og unødig høy risiko for økonomisk tap.

Adgangen til å gjøre beføyelser gjeldende på grunnlag av en forventning om mislighold må imidlertid gjøres betinget av at nærmere vilkår er oppfylt. En avveining av hensynene oppnås nettopp ved utformingen av betingelsene for å gjøre beføyelser gjeldende. Dette gjelder i første rekke vilkår knyttet til sannsynligheten, beviset, for at kontraktsbrudd vil inntre. Beviskravene bør utformes slik at det ikke åpnes for misligholdsbeføyelser utelukkende på grunnlag av gjetninger, spekulasjoner eller mistanke om at kontraktsbrudd vil inntre. Beviskravene bør tilpasses de enkelte misligholdsbeføyelser, og gjøres lempeligere for midlertidige og mindre vidtrekkende beføyelser, og strengere for definitive og mer vidtrekkende beføyelser.

I nær sammenheng med krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd, kan det eventuelt også stilles krav til de faktiske holdepunkter for forventningen om kontraktsbrudd. Nærmere krav til det faktiske grunnlaget for kontraktbruddsforventningen vil særlig kunne være aktuelt som supplerende vilkår der sannsynlighetskravet er mindre strengt.

De ulike hensyn er ivaretatt og avveid i kjøpslovgivningen, som gir adgang til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser ved antasert mislighold, men gjør adgangen betinget av at krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd og undertiden krav til det faktiske grunnlaget for kontraktbruddsforventningen er oppfylt. Det oppstilles ulike beviskrav for de forskjellige typer sanksjoner som kan gjøres gjeldende. Beviskravene er lempeligere for de midlertidige og mindre inngripende stansingsbeføyelsene, og strengere for de definitive og mer vidtrekkende beføyelsene heving og erstatning.⁴⁹

⁴⁹ Hagstrøm, 2003, s. 589.

4 Adgangen til å innstille oppfyllelsen og utøve tilbakeholds- og stansingsrett

I det følgende skal adgangen til å innstille oppfyllelsen og utøve tilbakeholds- og stansingsrett på grunnlag av antasert mislighold av en avtale om kjøp behandles. Spørsmålet er hvilke vilkår som må være oppfylt for at disse beføyelsene skal kunne gjøres gjeldende på slikt grunnlag.

4.1 Krav til sannsynligheten for mislighold og det faktiske grunnlaget for forventningen

4.1.1 Problemstillingene

Det er her to hovedproblemstillinger. Den første gjelder hvilke krav som må stilles til sannsynligheten - bevisene - for at et forventet kontraktsbrudd vil inntre. Den andre gjelder hvilke krav som må stilles til holdepunktene, altså det faktiske grunnlaget, for forventningen om et fremtidig kontraktsbrudd. Problemstillingene har nær sammenheng med hverandre.

Før disse problemstillingene behandles, skal det nærmere forholdet mellom dem drøftes. Det kan nemlig spørres om det her er tale om to separate vilkår eller om det reelt sett er tale om ulike elementer i utformingen av ett og samme beviskrav. Dersom det legges til grunn at det er tale om separate vilkår, oppstår spørsmålet om kjøpslovgivningens oppregning av faktiske holdepunkter for kontraktsbruddsforventningen må anses uttømmende eller ikke.

4.1.2 Forholdet mellom kravene

Kjøpsloven § 61 gir adgang til å innstille egen oppfyllelse, utøve tilbakeholdsrett i egen ytelse og stanse overgivelsen av kontraktsgjenstanden. Bestemmelsens første ledd omhandler kontraktspartenes rett til å innstille egen kontraktsoppfyllelse og holde egen kontraktsytelse tilbake, og fastslår at retten er betinget av at:

”... det etter kjøpet framgår av en parts handlemåte eller av en alvorlig svikt i hans kredittverdighet eller evne til å oppfylle at han ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter ...”.

Bestemmelsens annet ledd omhandler selgerens rett til å hindre overgivelse av kontraktstingen til kjøperen eller dennes bo, og fastlegger vilkårene for denne retten:

”Har selgeren allerede sendt tingen og viser det seg forhold på kjøperens side som nevnt i første ledd ...”.

Når kjøpsloven § 61, første og annet ledd leses i sammenheng, fremkommer at det er et vilkår for å gjøre beføyelsene gjeldende at utsiktene til et fremtidig kontraktsbrudd ”framgår” eller ”viser ... seg” av en kontraktsparts ”... handlemåte eller av en alvorlig svikt i hans kredittverdighet eller evne til å oppfylle ...”.

Spørsmålet er om det her er tale om to separate vilkår; både et krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd, bevisets styrke, og et krav til de faktiske holdepunktene for kontraktbruddsforventningen, altså en innsnevring av bevistemaet. Dersom dette legges til grunn, vil det være tale om vilkår med sterk innbyrdes sammenheng. Det er jo nettopp de faktiske holdepunktene som danner grunnlaget for vurderingen av sannsynligheten for kontraktsbrudd og dermed for forventningen om dette. Vilkårene vil videre være kumulative; de må begge være oppfylt for at det skal være adgang til å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende. Alternativt, om det reelt sett er tale om ett og samme beviskrav, formulert dels ved krav til styrken av beviset, altså krav til en viss sannsynlighet for kontraktsbrudd, dels ved ytterligere angivelse av bevistemaet gjennom presisering av det faktiske grunnlaget for sannsynlighetsvurderingen.

Uttrykkene ”framgår” og ”viser det seg” synes å innebære krav om en viss sannsynlighet for at kontraktsbrudd vil inntre. Oppregningen av bestemte faktiske holdepunkter, ved formuleringen ”... av en parts handlemåte eller av en alvorlig svikt i hans kredittverdighet eller evne til å oppfylle ...”, synes på sin side å innebære at det stilles nærmere krav til det faktiske grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden synes det mest nærliggende å betrakte kravene som separate og kumulative vilkår for å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende.

At det her er tale om to separate vilkår har videre støtte i kjøpslovens forarbeider. I Ot. prp. nr. 80 (1986-87) uttales følgende om forholdet mellom vilkårene:

”Det grunnleggende vilkår for å utøve stansingsrett er at det etter at kjøpet er sluttet viser seg, «framgår», at motparten ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter. ... I tillegg til dette grunnleggende vilkåret, stilles det også krav til årsaken til den ventete manglende oppfyllelse. Årsaken må enten være alvorlig svikt i vedkommendes kredittverdighet eller evne til å oppfylle eller partens handlemåte.”⁵⁰

Også reelle hensyn tilsier en sontring mellom krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd og krav til de faktiske holdepunkter for forventningen. Selv om vilkårene har nær tilknytning til hverandre og derfor må ses i sammenheng, dreier det seg like fullt om vilkår med ulike og innbyrdes uavhengige vurderingstemaer.

Etter dette legges det til grunn at kjøpsloven § 61, første og annet ledd oppstiller to separate vilkår; for det første krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd, for det annet krav til de faktiske holdepunktene for forventningen om kontraktsbrudd.

4.1.3 Sannsynligheten for kontraktsbrudd

Kravet til sannsynligheten for et fremtidig kontraktsbrudd reiser flere problemstillinger. Hovedproblemstillingen er naturlig nok hvor stor sannsynlighet som kreves. Nær sammenheng med dette har spørsmålet om hva slags norm som skal legges til grunn for vurderingen. I tillegg oppstår spørsmålet om tidspunktet for sannsynlighetsvurderingen.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

4.1.3.1 Kravet til en viss sannsynlighet

For spørsmålet om hvor stor sannsynlighet som kreves, er det særlig uttrykket ”framgår” i kjøpsloven § 61, første ledd som er av interesse. En naturlig forståelse av uttrykket tilsier at utsiktene til et fremtidig kontraktsbrudd må fremkomme som en rimelig slutning fra holdepunktene som nevnes.⁵¹ Faren for fremtidig mislighold må fremkomme med rimelig grad av sikkerhet.⁵² Dette innebærer at rene gjetninger eller løse mistanker eller antagelser om fremtidig mislighold ikke er tilstrekkelig.⁵³

Kjøpsloven § 61, første ledd må forstås dit hen at den krever at det fremstår som i alle fall mest sannsynlig at kontraktsbrudd kommer til å inntre. Dette innebærer at bestemmelsen krever sannsynlighetsovervekt for kontraktsbrudd. Ordlyden gir derimot ikke klart svar på hvorvidt bestemmelsen krever at sannsynlighetsovervekten er kvalifisert.

Også uttrykket ”viser det seg” i kjøpsloven § 61, annet ledd er sentralt. Det faktum at beviskravet er angitt ved ulike formuleringer i bestemmelsens første og annet ledd, må antas å være utslag av et bevisst valg fra lovgivers side, og tyder på at det har vært lovgivers intensjon å nyansere beviskravet for de ulike typer av stansingsbeføyelser. Nyanseforskjellene i ordlyden er antakelig gjort etter mønster av FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp artikkel 71, som vi skal komme tilbake til nedenfor. Når uttrykkene ”framgår” og ”viser det seg” tolkes i lys av hverandre, fremgår imidlertid at de innholdsmessig er svært like. Formuleringene synes å innebære det samme meningsinnholdet. Det kan neppe på grunnlag av en språklig forståelse legges til grunn at ”framgår” og ”viser det seg” uttrykker forskjellige krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd.

For å fastlegge innholdet i sannsynlighetskravet i stansingsbestemmelsen i kjøpsloven § 61, må denne ses i sammenheng med bestemmelsen om heving i kjøpsloven § 62. Sistnevnte fastlegger i første ledd vilkårene for hevingsretten: ”Er det før tiden for oppfyllelse klart at det vil inntre kontraktbrudd som vil gi en part hevingsrett ...”. Kravet

⁵¹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 301.

⁵² L.c.

⁵³ L.c.

til sannsynligheten fremkommer her ved formuleringen ”Er det ... klart ...”. En naturlig forståelse av uttrykket tilsier at sannsynlighetskravet her er strengt.⁵⁴

Bestemmelsene er språklig ulikt utformet; ordlyden i § 61, der uttrykkene ”framgår” og ”viser ... seg” benyttes, avviker fra ordlyden i § 62, der uttrykket ”klart” anvendes. Når bestemmelsene leses i sammenheng, er det nærliggende å forstå dem slik at de også oppstiller ulike materielle krav til sannsynligheten for det ventede kontraktsbrudd. Ordlyden i bestemmelsene tilsier at kjøpsloven § 62 oppstiller et strengere sannsynlighetskrav enn § 61.

Med hensyn til den språklige forståelsen av uttrykkene ”framgår” og ”klart”, fremholder Krüger at ”Nyansen ... er ikke innlysende klar for norsk terminologi (når noe fremgår av et gitt faktum er det vel også klart?) ...”.⁵⁵ Til dette kan anføres at selv om begge uttrykkene omhandler slutningen fra et gitt faktum, og uttrykker en viss grad av sikkerhet i så måte, er det likevel en språklig nyanseforskjell mellom de to uttrykk. Det er naturlig å forstå uttrykkene slik at ”klart” uttrykker større sikkerhet ved slutningen enn ”framgår”.

At kjøpsloven § 62 oppstiller et strengere sannsynlighetskrav enn § 61, følger også av forarbeidene til § 62; i Ot. prp. nr. 80 (1986-87) uttales om forholdet mellom de to bestemmelser at ”Det kreves altså større sannsynlighet her [i § 62] enn i forhold til § 61 om rett til å innstille oppfyllelsen.”⁵⁶ (Min tilføyelse.) Forståelsen er for øvrig vel begrunnet i reelle hensyn. Det er naturlig og rimelig at sannsynlighetskravet er strengere etter § 62, som omhandler den endelige og vidtrekkende hevingsbeføyelsen, enn etter § 61, som gjelder de midlertidige og mindre inngripende stansingsbeføyelsene.

Sammenhengen mellom bestemmelsene tilsier, på bakgrunn av det ovennevnte, at kravet til sannsynligheten for kontraktsbrudd ikke kan være like strengt etter kjøpsloven § 61 som etter § 62. Dette innebærer at selv om det legges til grunn at kjøpsloven § 61 krever at det foreligger sannsynlighetsovervekt eller til og med kvalifisert

⁵⁴ En slik forståelse legges også til grunn i forarbeidene til bestemmelsen, jfr. Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

⁵⁵ Krüger, 1999, s. 416.

⁵⁶ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

sannsynlighetsovervekt, så kan bestemmelsen ikke anses å inneholde et krav om like stor sannsynlighet for kontraktsbrudd som § 62 oppstiller.

Hvilke krav som må stilles til sannsynligheten ved utøvelse av stansingsrett drøftes i kjøpslovutvalgets utredning NOU 1976:34. Lovutvalget formulerte i forslaget til ny kjøpslov § 39 vilkårene for stansingsretten slik: ”Viser det seg at en av partene i en kjøpsavtale mangler midler til å oppfylle sin del av avtalen i rett tid ...”.⁵⁷ Kravet til sannsynligheten for kontraktsbrudd fremkommer ved uttrykket ”viser det seg”, og ble kommentert slik av lovutvalget: ”Av dette må det følge at det må foreligge noe mer enn bare en antagelse om oppfyllelsesvansker. Man må kreve visse konkrete holdepunkter for dette.”⁵⁸ Selv om NOU 1976:34 utgjør en del av bakgrunnsmaterialet for kjøpsloven,⁵⁹ må det tas i betraktning at det videre lovarbeidet ble sterkt påvirket av vedtakelsen av FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp i 1980. Med utgangspunkt i konvensjonen ble en ny utredning, NU 1984:5, utarbeidet, og så vel selve konvensjonen som den nordiske utredningen ble sentrale i det videre arbeidet med kjøpsloven. Det kan derfor ikke uten videre antas at kjøpslovutvalgets uttalelser om beviskravet er dekkende for det kravet som må stilles etter kjøpsloven § 61. Spørsmålet om kravet til sannsynligheten for kontraktsbrudd må søkes belyst ved de videre lovforarbeider, og ikke minst konvensjonens bestemmelse om stansing ved antasert mislighold.

Den nordiske arbeidsgruppen for kjøpslovgivning fremmet i sin utredning NU 1984:5 forslag til nye nordiske kjøpslover. Alle forslagene oppstiller i § 65 en regel om stansingsbeføyelser ved forventet kontraktsbrudd, men formuleringene av kravet til sannsynligheten i § 65, første ledd varierer. De danske, svenske og finske forslagene inneholder omtrent likelydende formuleringer; på dansk ”Viser det sig ... at det må antages ...”, på svensk ”Visar det sig ... att han får antas ...” og på finsk ”Visar det sig ... att det kan antagas ...”. Det norske forslaget avviker fra de øvrige og anvender uttrykket ”framgår”.⁶⁰ I motivene til bestemmelsen drøftes imidlertid ikke det nærmere

⁵⁷ NOU 1976:34, s. 95.

⁵⁸ Op. cit. s. 73.

⁵⁹ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 3.

⁶⁰ NU 1984:5, s. 468 og 469.

innholdet i kravet til sannsynligheten, men utelukkende de faktiske holdepunkter for forventningen.⁶¹ Sistnevnte har riktignok nær sammenheng med sannsynlighetskravet. På bakgrunn av den nordiske utredningen kan det derfor ikke utledes noen bestemt slutning om beviskravets styrke.

I Ot. prp. nr. 80 (1986-87) foreslo Justisdepartementet det som skulle bli den endelige vedtatte lovtekst.⁶² Departementet uttalte følgende om kravet til sannsynligheten:

”Uttrykket «framgår » innebærer at det ikke er nok med en løs antakelse om at oppfyllelse ikke vil skje. Den som vil bruke stansingsretten, må ha forholdsvis sikre holdepunkter for at den annen part ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter. Kravet er imidlertid ikke fullt så strengt som etter § 62 (1)...”⁶³

Uttalelsene gir samlet sett uttrykk for at retten til innstilling av oppfyllelsen, tilbakeholds- og stansingsretten er betinget av at forventningen om mislighold fremkommer som en rimelig og sikker slutning basert på konkrete holdepunkter. Uttalelsene bekrefter samtidig at beviskravet er lempeligere for retten til å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende etter kjøpsloven § 61 enn for hevingsretten etter § 62.

Som nevnt innledningsvis må FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp med tilhørende rettskilder trekkes inn som supplerende tolkingsmomenter ved tolkingen av kjøpsloven. Dette gjelder enten forståelsen av kjøpsloven gjelder internasjonale eller nasjonale kjøp. Kjøpsloven § 61 svarer til CISG artikkel 71. Sistnevnte fastslår i første og annet ledd følgende om retten til å utsette oppfyllelsen av egne kontraktsmessige forpliktelser og hindre at salgsgjenstanden overgis kjøperen på grunnlag av antesipert mislighold:

⁶¹ NU 1984:5, s. 339 flg.

⁶² Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 153 og 154.

⁶³ Op. cit. s. 111.

”A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

- a. a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or
- b. his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.”

For retten til å utsette oppfyllelsen fremgår kravet til sannsynligheten av formuleringen ”becomes apparent”, i den sidestilte franske versjonen ”il apparaît”, i bestemmelsens første ledd. Også dette uttrykket innebærer at risikoen for kontraktsbrudd må fremkomme som en rimelig slutning fra de faktiske omstendigheter bestemmelsen nevner.⁶⁴ Heller ikke etter CISG er altså en gjetning eller løsere fundert mistanke eller antagelse tilstrekkelig.⁶⁵ Ordlyden tilsier videre at faren for kontraktsbrudd må vise seg med en viss tydelighet. Til tross for den usikkerhet som uunngåelig vil hefte ved forventningen om et fremtidig hendelsesforløp, må det antakelig kreves høy grad av sannsynlighet for at det forventede kontraktsbrudd vil inntre. Leser i Schlechtriem uttaler om sannsynlighetskravet at: ”... it is certainly necessary for there to be a high degree of probability.”⁶⁶ Honnold uttaler at det kreves: “substantial probability”.⁶⁷

Bestemmelsen kan imidlertid ikke forstås dit hen at den krever full sikkerhet.⁶⁸ Verken ordlyden eller sammenhengen med sannsynlighetskravene i artikkel 71, annet ledd og artikkel 72 åpner for en slik forståelse.

⁶⁴ Bergem, Rognlien, 1995, s. 586.

⁶⁵ L.c.

⁶⁶ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 526.

⁶⁷ Honnold, 1999, s. 430.

⁶⁸ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 526 og forutsetningsvis Honnold, 1999, s. 429 og 430.

Selgerens rett til å hindre overgivelse av kontraktsgjenstanden er regulert i artikkelens annet ledd. Her fremkommer kravet til sannsynligheten ved formuleringen ”become evident”, i den sidestilte franske versjonen ”se révèlent”. Etter ordlyden må det her være åpenbart at det foreligger slikt faktisk grunnlag for å forvente kontraktsbrudd som nevnt i første ledd og videre at kontraktsbrudd vil inntre som en følge av disse faktiske forhold.

Også her er det faktum at beviskravene er ulikt formulert i artikkelens første og annet ledd i seg selv en indikasjon på at nyansering av beviskravet er tilsiktet. Formuleringen av beviskravene for de ulike typer stansingsbeføyelser ble drøftet under utarbeidelsen av konvensjonsteksten. Referatet fra FN-konferansen om internasjonale løsørekjøp i Wien i 1980 viser at en av delegatene på konferansen fremholdt at uttrykkene ”becomes apparent” og ”become evident” ble brukt til å formidle samme meningsinnhold, og at uttrykket ”evident” derfor burde byttes ut med ”apparent”, slik at det ble språklig overensstemmelse mellom de to typer av stansingsbeføyelser.⁶⁹ Dette ble imidlertid imøtegått av flere av de øvrige delegatene, og det ble blant annet pekt på at ”... it was useful to employ two different terms in order to indicate the difference between opinion and fact in paragraphs 1 and 2.”⁷⁰ Forslaget om å erstatte uttrykket ”evident” med ”apparent” i stansingsartikkelens annet ledd ble deretter forkastet.⁷¹ I tillegg ble den franske versjonen endret for i større grad å samsvare med den engelske konvensjonsteksten. I stansingsbestemmelsens første ledd ble uttrykket ”il devient manifeste” endret til ”il apparaît”, og i andre ledd ble uttrykket ”apparaissent” endret til ”se relève[n]t” [sic].⁷² Sistnevnte må antakelig bero på en feilskrift, i den franske versjonen av den endelige konvensjonsteksten er uttrykket ”se révèlent”. Den endelige formuleringen må være det korrekte, utledet fra det franske verbet ”révéler”; avdekke eller vise. Det kan derfor konstateres at forskjellen i utformingen av beviskravene i CISG artikkel 71, første og annet ledd, er resultat av et bevisst valg fra konvensjonskonsipistenes side, og

⁶⁹ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 218, 9 møte, avsnitt 44.

⁷⁰ Op. cit. s. 218-219, 9 møte, avsnitt 51.

⁷¹ Op. cit. s. 219, 9 møte, avsnitt 56-57.

⁷² Op. cit. s. 220, 10 møte, avsnitt 11-12.

gir uttrykk for et ønske om å nyansere de materielle beviskravene i de to bestemmelsene.

Det er naturlig å forstå formuleringene ”apparent” og ”evident” som krav til selve slutningen om at kontraktsbrudd vil inntre. I artikkel 71, første ledd beskriver uttrykket ”becomes apparent” direkte slutningen om at medkontrahenten ikke vil oppfylle sine forpliktelser på grunn av bestemte faktiske forhold. I artikkelens annet ledd synes uttrykket ”become evident” direkte knyttet til de faktiske årsakene til det ventede kontraktsbrudd, men må forutsetningsvis også beskrive slutningen om kontraktsbrudd basert på disse holdepunktene. Denne forskjellen i utformingen ble som påpekt ovenfor, fremholdt som en begrunnelse for å opprettholde forskjellen mellom beviskravene i artikkelens første og annet ledd.⁷³

Språklig synes uttrykket ”become evident” å forutsette større sikkerhet ved slutningen, altså større sannsynlighet for at kontraktsbrudd vil inntre, enn uttrykket ”becomes apparent”. Det kan med andre ord fremstå som ”apparent” at kontraktsbrudd vil inntre, uten at utsiktene til kontraktsbrudd fremstår som ”evident”. Etter dette legges til grunn at det kreves noe større sannsynlighet for kontraktsbrudd for å hindre overgivelse av kontraktsgjenstanden etter bestemmelsens annet ledd, enn for å utsette oppfyllelsen av de kontraktsmessige forpliktelser etter første ledd.⁷⁴

For ytterligere belysning av beviskravene i stansingsbestemmelsen i konvensjonens artikkel 71, første og annet ledd, som motsvarer kjøpsloven § 61, første og annet ledd, må artikkelen leses i sammenheng med hevingsbestemmelsen i CISG artikkel 72, som motsvarer kjøpsloven § 62. CISG artikkel 72, første ledd fastslår:

”If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will committ a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.”

⁷³ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 218-219, 9 møte, avsnitt 51.

⁷⁴ Bergem, Rognlien, 1995, s. 586. Motsatt Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 524.

Beviskravet angis ved uttrykket "clear", i den sidestilte franske versjonen "il est manifeste". Bestemmelsen innebærer at det er et vilkår for å heve kontrakten at det er klart at kontraktsbrudd kommer til å inntre,⁷⁵ altså at det må foreligge en særlig høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd.⁷⁶

Formuleringene "becomes apparent", "become evident" og "clear" er språklig ulike. Etter en naturlig tolking oppstiller uttrykkene også ulike materielle krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd. Det gjelder strengere krav til sannsynligheten hvor kjøpet heves etter artikkel 72 enn hvor oppfyllelsen utsettes etter artikkel 71, første ledd eller kontraktsgjenstanden hindres overgitt etter artikkel 71, annet ledd.⁷⁷

Konvensjonens forhistorie kan også her bidra til å belyse det nærmere innholdet i beviskravene i artiklene 71 og 72. Under FN-konferansen om internasjonale løsørekjøp i Wien i 1980 der utkastet til konvensjonen fra 1978⁷⁸ ble drøftet, ble det fremmet forslag om å underlegge stansings- og hevingsretten samme sannsynlighetskrav.⁷⁹ Forslaget ble forkastet.⁸⁰ Det ble deretter nedsatt en arbeidsgruppe med den oppgave å utarbeide forslag til nye stansings- og hevingsbestemmelser,⁸¹ og gruppens forslag ble deretter inngående drøftet.⁸² I det videre arbeidet med konvensjonen ble en distinksjon mellom

⁷⁵ Bergem, Rognlien, 1995, s. 589.

⁷⁶ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536.

⁷⁷ Leser i Schlechtriem, l.c., Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 528 og Bergem, Rognlien, 1995, s. 589.

⁷⁸ 1978 UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, publisert i Official Records of the General Assembly, Thirty-third Session, Supplement No. 17 (A/33/17); chap. II, para. 28. Også gjengitt i Honnold, 1989, s. 382 flg.

⁷⁹ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 129-130, artikkel 62, avsnitt 9-10, artikkel 63, avsnitt 5-6. Se også Honnold, 1999, s. 428-429.

⁸⁰ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 130, artikkel 62, avsnitt 12, artikkel 63, avsnitt 7. Se også Honnold, 1999, s. 429.

⁸¹ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 130, artikkel 62, avsnitt 13, artikkel 63, avsnitt 8.

⁸² Op. cit. s. 431-433.

sannsynlighetskravet for stansings- og hevingsrett, søkt opprettholdt.⁸³ Distinksjonen fremgår i den endelige konvensjonsteksten av formuleringene ”it becomes apparent”, på fransk ”il apparait”, i CISG artikkel 71, første ledd og ”it is clear”, på fransk ”il est manifeste”, i artikkel 72, første ledd. Forskjellen er altså resultat av et bevisst valg på Wien-konferansen der den endelige konvensjonsteksten ble vedtatt.⁸⁴

At bestemmelsene oppstiller ulike sannsynlighetskrav, og at kravet er strengere for å heve enn for å stanse, reflekterer ulikhetene mellom beføyelsene, og samsvarer derfor godt med reelle hensyn.

Nettopp stansings- og hevingsrettens forskjelligartede karakter ble fremhevet av den amerikanske og den norske representanten ved Wien-konferansen, som begrunnelse for ønsket om å skille mellom beviskravene for de to typer av beføyelser.⁸⁵

Konvensjonens ordlyd og forhistorie tilsier etter dette at kravet til sannsynligheten for kontraktsbrudd ikke kan være fullt så strengt etter CISG artikkel 71, første ledd som etter annet ledd. Ordlyden, forhistorien og reelle hensyn tilsier videre at beviskravet ikke kan være like strengt etter artikkel 71, første eller annet ledd som etter artikkel 72. Selv om det legges til grunn at CISG artikkel 71, første ledd krever høy grad av sannsynlighet og artikkel 71, annet ledd oppstiller et enda strengere sannsynlighetskrav, kan ingen av bestemmelsene kreve slik særlig høy grad av sannsynlighet som artikkel 72.

At verken bestemmelsen om utsetting av kontraktsoppfyllelsen i CISG artikkel 71, første ledd eller bestemmelsen om stansing i annet ledd kan forstås slik at de krever full sikkerhet, følger også av regelen om medkontrahentens ”adequate assurance of his

⁸³ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March - 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 431-433, særlig s. 432, 37 møte, avsnitt 104-105. Se også Honnold, 1999, s. 429.

⁸⁴ Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 522.

⁸⁵ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March - 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 432, 37 møte, avsnitt 104-105.

performance” i CISG artikkel 71, tredje ledd.⁸⁶ Kravene til sannsynligheten etter CISG artikkel 71, første og annet ledd kan ikke innebære krav om full sikkerhet for fremtidig kontraktsbrudd, når tredje ledd forutsetter at det på et senere tidspunkt kan tenkes stilt sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse.

FN-konvensjonens regler om antesipert mislighold vil som nevnt være viktige tolkingsmomenter ved tolkingen av de tilsvarende regler i kjøpsloven. Utformingen av sannsynlighetskravene i CISG artikkel 71, sml. artikkel 72, tilsier for det første at det for å innstille oppfyllelsen og utøve tilbakeholdsrett etter kjøpsloven § 61, første ledd kreves en høy grad av sannsynlighet for mislighold. Det kreves altså kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Konvensjonens regler tilsier for det andre at det for å utøve stansingsrett etter kjøpsloven § 61, annet ledd i alle fall må kreves en tilsvarende høy grad av sannsynlighet som etter første ledd, antakelig en noe høyere grad. Beviskravene i kjøpsloven § 61, ”framgår” i første ledd og ”viser seg” i annet ledd, må altså nyanseres på bakgrunn av forståelsen av de tilsvarende kravene i CISG artikkel 71, første og annet ledd. For det tredje bekrefter forståelsen av beviskravene i CISG at det for å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser etter kjøpsloven § 61 ikke kreves like stor sannsynlighet som for å heve kjøpet etter lovens § 62. Selv om det legges til grunn at sannsynlighetskravet etter kjøpsloven § 61 er strengt, må det avpasses i forhold til det enda strengere kravet etter § 62.

Spørsmål om beviskravet ved utøvelse av stansingsbeføyelser på grunnlag av antesipert mislighold av kontraktsforpliktelser, har ikke ofte vært oppe for domstolene, men var tema i en sak for Frostating lagmannsrett, LF-2001-00562. Dommen illustrerer hvordan det strenge beviskravet anvendes i praksis. Det var inngått avtale om levering av steinmasse, hvorefter selgeren innstilte leveringen på grunnlag av forventet kontraktsbrudd på kjøperens side. Selgeren påberopte sin forventning om at kjøperen ikke ville betale regningen for steinleveransene. Som holdepunkt for forventningen viste selgeren til en angivelig uberettiget faktura for ekstraarbeid som kjøperen hadde utstedt. Utstedelsen gav etter selgerens mening grunn til å anta at tilleggskravet ville bli brukt til motregning i hans krav på kjøpesummen. Spørsmålet for retten var om det her forelå tilstrekkelige

⁸⁶ Honnold, 1999, s. 430, med videre henvisninger.

holdepunkter for å forvente kontraktsbrudd fra kjøperen, jfr. kjøpsloven § 61, første ledd. Retten uttalte under henvisning til Bergem og Rognlien, følgende om beviskravet:

”Det må foreligge konkrete holdepunkter, som etter en rimelig slutning kan gi konklusjonen framtidig mislighold. Frykten for mislighold må ha et påviselig og rimelig grunnlag. Den som vil bruke stansingsretten må ha forholdsvis sikre holdepunkter for at den andre part ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter.”

Retten konstaterte at kjøperens faktura for ekstraarbeider var omstridt, men at det ikke forelå noen konkrete opplysninger om at fakturaen ville bli brukt til motregning. Selgerens antagelse fremstod på denne bakgrunn som ugrunnet for retten. Det forelå ikke tilstrekkelige holdepunkter for å forvente kontraktsbrudd på kjøperens side, og selgerens leveringsstans var derfor uberettiget.

4.1.3.2 Normen for bevisvurderingen

Det må altså foretas en vurdering av sannsynligheten for at kontraktsbrudd vil inntre. Et spørsmål er derfor hva slags norm som skal legges til grunn ved denne vurderingen. Ytterpunktene er på den ene side en rent subjektiv norm, der kontraktspartens personlige vurdering av sannsynligheten er avgjørende, og på den annen side en rent objektiv norm, der sannsynligheten vurderes utelukkende på bakgrunn av objektive vurderingskriterier. Mellom disse ytterpunktene kan det tenkes ulike løsninger, for eksempel slik at en i utgangspunktet objektiv vurdering har større eller mindre subjektive trekk.

Kjøpsloven § 61 fastslår som nevnt at stansingsbeføyelser kan gjøres gjeldende der det ”framgår”, jfr. første ledd, eller ”viser ... seg”, jfr. annet ledd, at kontraktsbrudd vil inntre. Uttrykkene, særlig når disse ses i sammenheng med oppregningen av faktiske holdepunkter for forventningen, tilsier at vurderingen av sannsynligheten for kontraktsbrudd i alle fall som et utgangspunkt må være objektiv.

Kravene til sannsynligheten for kontraktsbrudd og holdepunktene for forventningen er grunnleggende forutsetninger for å gjøre sanksjoner gjeldende. Dersom kontraktspartens subjektive vurdering av risikoen for kontraktsbrudd var avgjørende, ville det svekke

betydningen av sannsynlighetskravet som grunnvilkår og skranke for sanksjonene. Det ville samtidig undergrave nyanseringen av beviskravene som reglene legger opp til. Også reglenes innhold og oppbygging tilsier derfor at det i utgangspunktet må gjelde en objektiv norm ved vurderingen av sannsynligheten for kontraktsbrudd.

Imidlertid må det tas hensyn til at kjøpsforhold kan ha svært ulik karakter og at det kan være store variasjoner mellom forskjellige typer av kjøp. De særlige forhold som gjør seg gjeldende innenfor den aktuelle kjøpstype må derfor tas i betraktning. Det avgjørende må derfor være en objektiv vurdering, slik en alminnelig fornuftig person i samme posisjon som kontraktpartene og med kjennskap til det aktuelle kontraktsforholdet, ville foretatt den.⁸⁷

Også i CISG artikkel 71 tilsier formuleringene ”becomes apparent” i første ledd og ”become evident” i annet ledd, i lys av den uttrykkelige oppregningen av faktiske holdepunkter i første ledd, litra a og b, at det skal foretas en objektiv vurdering av sannsynligheten for kontraktsbrudd. Dette syn har også støtte i rettsteorien.⁸⁸

Forhistorien til konvensjonens artikkel 71 klargjør innholdet i normen for bevisvurderingen. I utkastet til konvensjonen fra 1978,⁸⁹ er bestemmelsen om stansingsrett inntatt i artikkel 62. Etter utkastets artikkel 62, første ledd kan en kontraktspart utsette oppfyllelsen av kontraktsforpliktelsene ”... if it is reasonable to do so ... [fordi nærmere bestemte faktiske holdepunkter] gives good grounds to conclude that the other party will not perform a substantial part of his obligations.” (Min tilføyelse.) På Wien-konferansen ble formuleringen kritisert for å tillegge kontraktspartenes subjektive oppfatning for stor vekt.⁹⁰ Kritikken ble fulgt opp av et forslag til alternativ uttrykksmåte som på

⁸⁷ Dette er fremhevet av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 526 i tilknytning til sannsynlighetsvurderingen under CISG artikkel 71, og må gjelde tilsvarende for vurderingen under kjl. § 61.

⁸⁸ Leser i Schlechtriem, 1998, l.c. Mer uklar er Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 522.

⁸⁹ 1978 UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, publisert i Official Records of the General Assembly, Thirty-third Session, Supplement No. 17 (A/33/17); chap. II, para. 28. Også gjengitt i Honnold, 1989, s. 382 flg.

⁹⁰ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 419-422, særlig s. 419, 34 møte, avsnitt 55, s. 420,

dette punkt lignet mer på det som ble den endelige formuleringen.⁹¹ Ettersom heller ikke dette forslaget oppnådde tilstrekkelig støtte, ble en arbeidsgruppe nedsatt.⁹² Arbeidsgruppen utarbeidet grunnlaget for den endelige formuleringen, og både arbeidsgruppens forslag og de etterfølgende endringene, tilsiktet en mer objektiv vurdering av mulighetene for kontraktsbrudd.⁹³ Det er på denne bakgrunn formuleringen ”becomes apparent” må forstås, uttrykket tilsikter altså en objektiv vurdering, i den forstand at en ren subjektiv frykt for kontraktsbrudd ikke kan være tilstrekkelig.⁹⁴ Konvensjonens ordlyd og forhistorie bekrefter dermed forståelsen av kjøpsloven som er lagt til grunn ovenfor.

4.1.3.3 Tidspunktet for forventningen

En forutsetning for å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser etter kjøpsloven § 61 er at kontraktspartens forventning om kontraktsbrudd først oppstår etter inngåelsen av kjøpet eller eventuelt avsendelsen av salgsgjenstanden. Forutsetningen kan utledes av formuleringene ”... etter kjøpet framgår ...” i § 61, første ledd og ”Har selgeren allerede sendt tingen og viser det seg ...” i annet ledd.

Kjøpsloven § 61, første ledd krever at de konkrete, faktiske holdepunktene for kontraktbruddsforventningen først viser seg etter avtaleslutningen.⁹⁵ Dette innebærer at bestemmelsen får anvendelse dels hvor holdepunktene for forventningen ennå ikke

35 møte, avsnitt 2 og s. 422, 35 møte, avsnitt 13-14. Se også Honnold, 1999, s. 428 og 429. Videre Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 516.

⁹¹ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 129-130, særlig s. 129, artikkel 62, avsnitt 9 og 10. Se også Honnold, 1999, s. 428 og 429.

⁹² United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 130, artikkel 62, avsnitt 12-13.

⁹³ Op. cit. s. 130, artikkel 62, avsnitt 14-15, s. 431-433, særlig s. 431, 37 møte, avsnitt 95, s. 432, 38 møte, avsnitt 2, s. 433, 38 møte, avsnitt 9-12. Se også Honnold, 1999, s. 428 og 429. Videre Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 516.

⁹⁴ Forutsetningsvis også Honnold, 1999, s. 429.

⁹⁵ Bergem, Rognlien, 1995, s. 301.

forelå ved avtaleslutningen, og dels hvor de allerede forelå forut for eller oppstod ved kontraktsinngåelsen, men først viser seg på et senere tidspunkt.⁹⁶

Dommen fra Frostating lagmannsrett, LF-2001-00562, omtalt ovenfor i pkt. 4.1.3.1, er illustrerende. Selgeren av steinmassen innstilte leveringene på grunn av forventet kontraktsbrudd på kjøperens side, og antok at kjøperen ved å anvende et uberettiget krav til motregning, ikke ville betale det fulle vederlaget for steinleveransene. Som grunnlag for denne forventningen viste selgeren også til negative erfaringer fra tidligere samarbeid med kjøperen. Retten fastslo om det siste at: ”Dette var forhold som var kjent forut for avtalen ... og kan derfor ikke begrunne et forventet mislighold ...”.

Kjøpsloven § 61, annet ledd krever at de faktiske holdepunkter for kontraktsbruddsforventningen først viser seg med tilstrekkelig klarhet etter at kontraktsgjenstanden er avsendt.⁹⁷ Retten til å hindre overgivelse av kontraktsgjenstanden er dermed betinget av at de faktiske holdepunkter for forventningen enten ikke forelå ved avsendelsen av kontraktsgjenstanden, eller at de forelå ved avsendelsen, men først senere viser seg med tilstrekkelig klarhet.⁹⁸

For kravet om at kontraktspartens forventning først må oppstå etter avtaleslutningen, er partens subjektive kunnskaper avgjørende. Spørsmålet er hva parten faktisk visste eller måtte vite på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Dersom det forelå faktiske holdepunkter for en rimelig slutning om kontraktsbrudd allerede på tidspunktet for inngåelsen av kontrakten, vil det avgjørende være hva parten da visste eller måtte vite om den faktiske situasjonen, ikke hva han burde vite.⁹⁹ Det kreves altså kunnskap om den faktiske situasjonen på avtaletiden for at dette skal avskjære parten fra å gjøre disse omstendigheter gjeldende senere.¹⁰⁰

⁹⁶ Bergem, Rognlien, 1995, s. 301.

⁹⁷ Op. cit. s. 304.

⁹⁸ L.c.

⁹⁹ Op. cit. s. 301 og 302.

¹⁰⁰ Bergem, Rognlien, 1995, s. 301.

Konsekvensen er at partens forventning om kontraktsbrudd først kan oppstå etter slutning av kjøpsavtalen, dersom oppfyllelsen skal kunne innstilles eller kontraktsytelsen skal kunne holdes tilbake, og etter at salgsgjenstanden er avsendt, dersom overgivelse skal kunne forhindres på grunnlag av forventningen.

Regelen er vel begrunnet i reelle hensyn. Dersom kontraktsparten A ved avtaleslutningen er oppmerksom på holdepunktene for å forvente kontraktsbrudd på medkontrahenten Bs side, og til tross for dette velger å inngå avtalen, må A anses å ha akseptert denne usikkerheten med hensyn til kjøpets videre forløp. A bør derfor ikke i ettertid kunne gjøre gjeldende stansingsbeføyelser på grunnlag av de samme omstendighetene. Tilsvarende bør ikke selgeren A kunne hindre overgivelse av salgsgjenstanden etter at denne er avsendt, på grunnlag av en forventning om kontraktsbrudd som bygger på faktiske holdepunkter han var oppmerksom på allerede ved avsendelsen. A må i disse tilfellene selv bære risikoen det innebærer å gå inn et avtaleforhold eller sende salgsgjenstanden med de usikkerhetsmomenter han var klar over.

Etter FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp gjelder tilsvarende forutsetninger knyttet til tidspunktet for kontraktbruddsforventningen. Forutsetningene fremkommer ved uttrykkene "... after the conclusion of the contract, it becomes apparent ..." i artikkel 71, første ledd og "If the seller has already dispatched the goods before the grounds ... become evident ..." i artikkel 71, annet ledd. Også etter konvensjonen er det et vilkår at de faktiske holdepunkter for forventningen om kontraktsbrudd først viser seg etter avtaleslutningen,¹⁰¹ eventuelt først viser seg med tilstrekkelig klarhet etter avsendelsen av kontraktsgjenstanden.¹⁰²

Konvensjonens forhistorie kan igjen være klargjørende. I konvensjonsutkastet¹⁰³ artikkel 62, første ledd var kravet at de faktiske holdepunkter for kontraktbruddsforventningen først måtte oppstå etter avtaleslutningen. Dette innebar at holdepunkter for

¹⁰¹ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 525 og 526. Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 524. Bergem, Rognlien, 1995, s. 585.

¹⁰² Bergem, Rognlien, 1995, s. 587.

¹⁰³ 1978 UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, publisert i Official Records of the General Assembly, Thirty-third Session, Supplement No. 17 (A/33/17); chap. II, para. 28. Også gjengitt i Honnold, 1989, s. 382 flg.

kontraktsbrudd som forelå ved avtaleslutningen, til tross for at medkontrahenten ikke var klar over disse, ikke kunne danne grunnlag for en utsetting av kontraktsoppfyllelsen. På diplomatkonferansen ble kravet modifisert slik at utsetting av kontraktsoppfyllelsen også kan skje på grunnlag av holdepunkter som forelå ved avtaleslutningen så lenge de først ble synlige på et senere tidspunkt.¹⁰⁴

På denne bakgrunn kan det konstateres at forståelsen av kjøpsloven her samsvar fullt ut med det som følger av konvensjonen.

4.1.4 Det faktiske grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd

Det stilles også krav til det faktiske grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd. Kravet til de faktiske holdepunktene fremkommer av kjøpsloven § 61, første ledd ved formuleringen: "... framgår av en parts handlemåte eller av en alvorlig svikt i hans kredittverdighet eller evne til å oppfylle at han ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter ...". Tilsvarende gjelder etter annet ledd, jfr. uttrykket: "... forhold på kjøperens side som nevnt i første ledd ...".

Slik kjøpsloven § 61 er formulert, gjelder kravene de faktiske holdepunktene for forventningen om kontraktsbrudd. Bestemmelsen må imidlertid forstås slik at den samtidig stiller krav til de faktiske årsaker til det ventede kontraktsbrudd. Kravet til faktagrunnlaget må nødvendigvis innebære krav både til holdepunktene for forventningen og årsaken til det ventede kontraktsbruddet, ettersom dette jo er to sider av samme sak. At bestemmelsen stiller krav til årsaken til det ventede kontraktsbrudd, legges videre til grunn i forarbeidene. I Ot.prp. nr. 80 (1986-87) uttales at det stilles "... krav til årsaken til den ventete manglende oppfyllelse. Årsaken må enten være alvorlig svikt i vedkommendes kredittverdighet eller evne til å oppfylle eller partens handlemåte."¹⁰⁵ En slik forståelse harmonerer videre best med den motsvarende regelen i CISG artikkel 71, hvilket i seg selv er et argument for å legge denne forståelsen til grunn.

¹⁰⁴ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 374-376. Se også Honnold, 1999, s. 428.

¹⁰⁵ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

CISG artikkel 71 oppstiller i første ledd, litra a og b krav til den faktiske årsaken til det ventede kontraktsbrudd ved formuleringen "... the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of : ... a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or ... his conduct in preparing to perform or in performing the contract." Kravet er det samme etter annet ledd, jfr. uttrykket: "... the grounds described in the preceding paragraph ...".

Kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71 er her ulikt utformet. CISG artikkel 71 stiller etter ordlyden krav til den faktiske årsaken til det ventede kontraktsbruddet. Ettersom det kun er tale om en mer eller mindre velbegrunnet forventning om et fremtidig kontraktsbrudd, innebærer det imidlertid samme rettslige realitet om det stilles krav til årsaken til det ventede kontraktsbruddet eller til holdepunktene for kontraktsbruddsforventningen. Årsaken til det ventede kontraktsbrudd vil jo samtidig utgjøre grunnlaget for forventningen om slikt brudd. Forskjellene mellom loven og konvensjonen på dette punkt, er derfor uten rettslig betydning.

Etter kjøpsloven § 61, sml. CISG artikkel 71, kan det faktiske grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd være så vel kontraktmotpartens evne som vilje til kontraktsmessig oppfyllelse. Dette er også uttrykkelig uttalt i forarbeidene til kjøpsloven.¹⁰⁶

4.1.4.1 Betydningen av en positiv oppregning av holdepunkter

Både kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71 inneholder en oppregning av nærmere faktiske holdepunkter for forventningen om kontraktsbrudd. Dette innebærer en avgrensning av bevistemaet.

Spørsmålet er hvorvidt oppregningene av faktiske holdepunkter må anses uttømmende. Etter kjøpsloven § 61, første ledd får bestemmelsen anvendelse der det: "... framgår av en parts handlemåte eller av en alvorlig svikt i hans kredittverdighet eller evne til å oppfylle at han ikke kommer til å oppfylle ...". Det er naturlig å forstå ordlyden slik at forventningen om kontraktsbrudd enten må bygge på kontraktmotpartens handlemåte eller på en alvorlig svikt i dennes kredittverdighet eller evne til å oppfylle kontrakts-

¹⁰⁶ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

messig. Ordlyden tilsier altså at oppregningen av faktiske holdepunkter er uttømmende. Dette syn styrkes av at de faktiske holdepunktene som regnes opp er svært generelt utformet, hvilket neppe ville vært naturlig dersom de utelukkende var ment som eksempler.

At oppregningen er uttømmende har videre støtte i forarbeidene. I Ot. prp. nr. 80 (1986-87) uttales at det i tillegg til et krav til sikkerheten i holdepunktene for forventningen om kontraktsbrudd, stilles krav til årsaken til den forventede manglende oppfyllelse. Det fremholdes at: ”Årsaken må enten være alvorlig svikt i vedkommendes kredittverdighet eller evne til å oppfylle eller partens handlemåte.”¹⁰⁷

CISG artikkel 71, første ledd fastslår at bestemmelsen får anvendelse der:

”... it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of: ... a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or ... his conduct in preparing to perform or in performing the contract.”

Også her tilsier ordlyden at det ventede kontraktsbruddet og dermed forventningen om dette, må skyldes ett av de uttrykkelig oppregnede faktiske forhold. På samme måte som kjøpsloven er også konvensjonens formulering av de faktiske holdepunktene svært vid og generell. Uttrykksmåten tyder på at oppregningen er ment å være uttømmende.

Etter dette må oppregningen av faktiske holdepunkter for kontraktbruddsforventningen i kjøpsloven § 61, sml. CISG artikkel 71, antas å være uttømmende.

Stansingsbestemmelsenes krav om at forventningen må begrunnes i de oppregnede holdepunktene, innebærer i realiteten en innskrenkning av bevistemaet. Ved vurderingen av hvorvidt det i et konkret tilfelle er adgang til å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende, vil det utelukkende være anledning til å begrunne og understøtte forventningen om kontraktsbrudd med slike faktiske holdepunkter eller årsaksforhold som de respektive bestemmelser uttrykkelig oppregner.

¹⁰⁷ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

Når det gjelder kravene til det faktiske grunnlaget for forventningen, er stansingsbestemmelsene i kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71 annerledes utformet enn reglene om heving i kjøpsloven § 62 og CISG artikkel 72. Hevingsbestemmelsene inneholder ingen angivelse av holdepunktene for kontraktbruddsforventningen. For heving er dermed bevistemaet videre enn ved stansing. Med hensyn til bevistemaet er derfor adgangen til stansing snevrere enn hevingsadgangen.

Det kan stilles spørsmål ved begrunnelsen for denne ulikheten knyttet til bevistemaet. Kontraktbruddssanksjonenes art kan ikke begrunne forskjellen, ettersom bevistemaet jo er snevrere for de mindre vidtrekkende stansingsbeføyelsene enn for den inngripende hevingsbeføyelsen. Kravet til bevistemaet må imidlertid ses i sammenheng med kravene til sannsynligheten for kontraktsbrudd ved de ulike typer av beføyelser. Sannsynlighetskravet er, som vi har sett, lempeligere ved stansing enn ved heving. Forskjellen mellom sannsynlighetskravene for de to typer av beføyelser avdempes noe ved at bevistemaet ved stansing avgrenses mer enn ved heving.

Den praktiske betydningen av forskjellen i angivelsen av bevistemaet er imidlertid liten. De faktiske holdepunktene og årsaksforholdene som regnes opp i kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71 er som nevnt svært generelt og vidt utformet. Dette gjelder særlig uttrykkene "... en parts handlemåte ..." og "... alvorlig svikt i ... [kontraktspartens] evne til å oppfylle ..." (min tilføyelse) i kjøpsloven § 61, første ledd og uttrykkene "... a serious deficiency in ... [kontraktsmotpartens] ability to perform ..." og "... [kontraktsmotpartens] conduct in preparing to perform or in performing the contract ..." (mine tilføyelser) i CISG artikkel 71, første ledd, litra a og b. De vide formuleringene innebærer antakelig at alle, eller i alle fall de aller fleste, faktiske forhold som kan gi grunnlag for en forventning om kontraktsbrudd, vil omfattes av bestemmelsene. Denne forskjellen i utformingen av stansings- og hevingsbestemmelsene har nok derfor begrenset praktisk betydning, om noen overhodet.

4.1.4.2 Kontraktspartens handlemåte

Etter kjøpsloven § 61 kan det faktiske grunnlaget for forventningen om mislighold være en kontraktsparts handlemåte. Dette omfatter både aktive handlinger, herunder også

utsagn, og unnlatelser av enhver art, under både forberedelsene til oppfyllelse av kontrakten og under selve oppfyllelsen.¹⁰⁸ At det må dreie seg om handlinger i forbindelse med oppfyllellesforberedelsene eller selve oppfyllelsen av kjøpet, følger av at kontraktspartens handlemåte må utgjøre det faktiske grunnlaget for en forventning om at kontraktsmessig oppfyllelse ikke vil skje.

Dersom en part på forhånd sier fra at han ikke vil være i stand til å oppfylle kontraktsmessig eller ikke kommer til å oppfylle fordi han ikke anser seg forpliktet til dette, må det anses som et sikkert grunnlag for misligholdsforventningen.¹⁰⁹ Her er det riktignok ikke sikkert at kontraktsbrudd vil inntre, ettersom den videre utviklingen i kontraktsforholdet i det første tilfellet kan vise at debtors antagelser ikke slår til og i det andre tilfellet at debitor ombestemmer seg.¹¹⁰ Likevel må det antas at risikoen for mislighold som her foreligger har et slikt særlig grunnlag at den må likestilles med den fulle visshet om mislighold.

Selgerens handlemåte kan videre bestå i at han etter at avtalen er inngått unnlater å foreta seg det som er nødvendig for at kjøpet skal kunne gjennomføres kontraktsmessig, herunder at levering skjer i tide.¹¹¹ I tilvirkningskjøp vil dette være tilfellet der selgeren unnlater å bestille de nødvendige råvarer for tilvirkningen, eller ikke starter tilvirkningen tidsnok til å bli ferdig i tide.¹¹² Årsaken til selgerens unnlatelse av å foreta de nødvendige oppfyllellesforberedelser kan være både manglende evne og vilje.¹¹³ Unnlatelsen kan for eksempel skyldes selgerens økonomiske, organisatoriske, produksjonsmessige eller annen form for evne til å foreta de nødvendige oppfyllellesforberedelser.

Også kjøperen kan ved sin handlemåte gi selgeren en forventning om mislighold der førstnevnte etter avtaleinngåelsen unnlater å foreta seg det som er nødvendig for at kjøpet skal kunne gjennomføres kontraktsmessig. Dette vil i tilvirkningskontrakter være

¹⁰⁸ Bergem, Rognlien, 1995, s. 303.

¹⁰⁹ Augdahl, 1984, s. 280.

¹¹⁰ L.c.

¹¹¹ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹¹² L.c.

¹¹³ L.c.

tilfellet der kjøperen unnlater å yte pliktig bistand. Et eksempel er at kjøperen unnlater å utarbeide og oversende de nødvendige spesifikasjoner, eller unnlater å bestille eller skaffe tilveie slike materialer han skal bidra med.¹¹⁴ Der kontraktsgjenstanden skal importeres, vil et praktisk eksempel på kjøperens unnlatelse av å foreta nødvendige forberedelser være at kjøperen unnlater å søke om nødvendige importtillatelse eller unnlater å åpne remburs.¹¹⁵ Av eksemplene fremgår at også kjøperens unnlatelse av å foreta nødvendige oppfyllellesforberedelser kan skyldes både manglende evne og vilje til kontraktsmessig oppfyllelse.

I CISG artikkel 71 oppstilles flere alternative faktiske årsaker til det ventede kontraktsbrudd. En av disse er: "... his conduct in preparing to perform or in performing the contract ...", jfr. artikkel 71, første ledd, litra b. Dette er faktiske forhold som omfattes av kontraktspartens "handlemåte", som er den formuleringen kjøpsloven bruker. Som vist ovenfor må også kjøpslovens formulering forstås med den begrensning at det er tale om kontraktspartens handlinger i forbindelse med oppfyllellesforberedelser eller oppfyllelse av kontrakten. Det må derfor legges til grunn at kjøpslovens formulering verken er snevrere eller videre enn formuleringen anvendt i CISG artikkel 71, og derfor er i samsvar med denne.

4.1.4.3 Alvorlig svikt i kontraktspartens kredittverdighet

Etter kjøpsloven § 61 kan det faktiske grunnlaget for misligholdsforventningen videre være at det i tiden fra kontraktsinngåelsen og frem til oppfyllelsen av kontrakten avdekkes en alvorlig svikt i kontraktspartens kredittverdighet. Dette omfatter kontraktspartens solvens; herunder både likviditet (betalingsdyktighet) og suffisiens (økonomiske balanse), og øvrige finansielle tillit.¹¹⁶

Alvorlig sviktende kredittverdighet foreligger klart nok der det åpnes konkurs hos kontraktsparten.¹¹⁷ Normalt vil konkurs åpnes etter begjæring av skyldneren selv eller

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹¹⁵ L.c.

¹¹⁶ Bergem, Rognlien, 1995, s. 303.

¹¹⁷ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

en fordringshaver, og i slike tilfeller vil skyldneren alltid være insolvent.¹¹⁸ Der det unntaksvis åpnes konkurs uten at konkursbegjæring foreligger, vil kontraktsparten ikke nødvendigvis være insolvent, men i alle fall betalingsudyktig.¹¹⁹ Uttrykket omfatter videre tilfeller der det åpnes gjeldsforhandling hos kontraktsparten,¹²⁰ heller ikke her vil kontraktsparten nødvendigvis være insolvent, men i alle fall betalingsudyktig.¹²¹

Dersom det åpnes konkurs eller gjeldsforhandling hos en kontraktspart, vil dette normalt ha stor innvirkning på partens økonomiske handlefrihet og evne til å oppfylle sine forpliktelser. Disse forhold vil derfor vanligvis være tilstrekkelige til å begrunne utøvelse av stansingsbeføyelser fra kontraktmotpartens side.

Videre må det anses å foreligge en alvorlig svikt i kontraktspartens kredittverdighet der han innstiller sine betalinger eller erklærer seg insolvent.¹²² Tilsvarende der enkeltforfølgende kreditorer har foretatt mislykkede forsøk på inndrivelse.¹²³ Disse forhold gir imidlertid ikke medkontrahenten noen automatisk rett til å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende.¹²⁴ Det må foretas en konkret vurdering av om den aktuelle form for svikt nødvendigvis vil ha betydning for partens evne til å oppfylle kontraktsmessig.¹²⁵ Dersom så er tilfelle, må den nærmere betydningen for oppfyllelsesevnen vurderes. Dette er nødvendig for å fastslå hvorvidt kravene til sannsynligheten for kontraktsbrudd og til arten og omfanget av det ventede kontraktsbruddet er tilfredsstillende.

Forarbeidene nevner som et eksempel på at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom en alvorlig svikt i selgerens økonomi og selgerens evne til å oppfylle en salgavtale, at leveringen skal skje fra selgerens lager og transporten betales av kjøperen.¹²⁶ I tilvirknings- og anskaffelseskjøp derimot, vil selgerens sviktende kredittverdighet

¹¹⁸ Konkursloven § 60 og Andenæs, 1999, s. 5.

¹¹⁹ Konkursloven § 57 jfr. § 1 og Andenæs, 1999, s. 21.

¹²⁰ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

¹²¹ Konkursloven § 1 og Andenæs, 1999, s. 6.

¹²² Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

¹²³ L.c.

¹²⁴ L.c.

¹²⁵ L.c.

¹²⁶ L.c.

normalt svekke muligheten for å skaffe de nødvendige materialer til tilvirkningen eller selve kontraktsgjenstanden fra leverandør, og dermed lett få betydning for selgerens muligheter til å oppfylle kontraktsmessig.¹²⁷

Dersom selgeren etter at et spesiekjøp er inngått fratas salgsgjenstanden ved utleveringsforretning eller tvangsauksjon, er dette en svikt i selgerens kredittverdighet som klart viser at selgeren ikke lenger har evne til å gjennomføre kjøpet kontraktsmessig.¹²⁸

I CISG artikkel 71 er en av de alternative årsakene til det ventede kontraktsbrudd: "... a serious deficiency in ... in his creditworthiness ...", jfr. artikkel 71, første ledd, litra a. Kjøpslovens formulering er med andre ord helt i samsvar med konvensjonen.

4.1.4.4 Alvorlig svikt i kontraktspartens evne til å oppfylle kontrakten

Etter kjøpsloven § 61 kan det faktiske grunnlaget for forventningen også være at det i tiden mellom inngåelsen og oppfyllelsen av kontrakten avdekkes en alvorlig svikt i kontraktspartens evne til å oppfylle kontraktsmessig. Formuleringen omfatter både slik svikt i kontraktspartens økonomiske evne til å oppfylle kontrakten som omhandlet ovenfor, og svikt i kontraktspartens evne til kontraktsmessig oppfyllelse for øvrig. Svikt i en parts generelle evne til å oppfylle kontrakten kan gjelde forretningsmessige, organisatoriske eller arbeidsmessige evner. Det kan videre dreie seg om manglende produksjonsmessige, tekniske eller øvrige evner, ferdigheter eller kunnskaper hos kontraktsparten selv eller hans kontraktsmedhjelpere. For eksempel kan det være tale om mangler eller svikt ved produksjonsutstyret eller svikt i produksjonsprosessen hos parten. I alle tilfeller kan svikten foruten å gjelde evnen, også gjelde kapasiteten til kontraktsmessig oppfyllelse, og videre knytte seg til både produksjonen og tilveiebringelsen av, og betalingen for salgsgjenstanden.¹²⁹

¹²⁷ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

¹²⁸ L.c.

¹²⁹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 302.

En parts sviktende evne til å oppfylle kjøpekontrakten kan vise seg på ulike måter. Svikten kan være direkte synlig i kontraktspartens virksomhet, men kan også fremkomme mer indirekte. Eksempelvis kan selgerens sviktende evne til å oppfylle forpliktelsene etter et tilvirkningskjøp, ved at han tar sikte på å anvende uegnede råvarer eller produksjonsmetoder ved tilvirkningen av salgsgjenstanden, avdekkes gjennom hans egen opptreden. Selgerens sviktende leveranser til andre kjøpere er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig for å gjøre stansingsrett gjeldende,¹³⁰ men kan i enkelte tilfeller avdekke at råvarene eller fremstillingsmåten selgeren tar sikte på å anvende er uegnet, og derfor indikere at oppfyllelesssvikt vil inntre også i det foreliggende kontraktsforhold.¹³¹

Bergem, Rognlien fremstiller dette som et eksempel på at grunnlaget for kontraktbruddsforventningen er selgerens handlemåte. Imidlertid er selgerens opptreden i form av mangelfulle leveranser til andre kjøpere utelukkende relevant for det aktuelle tilvirkningskjøp i den grad handlemåten avdekker en alvorlig svikt i selgerens evne til å oppfylle også den aktuelle kontrakten. Det er altså selgerens sviktende evne til å oppfylle det aktuelle tilvirkningskjøp som utgjør det reelle grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd, og årsaken til det ventede kontraktsbruddet. Etter min mening er det derfor mer nærliggende å se det slik at det er selgerens sviktende oppfyllelsesevne som er grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd.

Svikt i selgerens tidligere leveranser vil kunne indikere oppfyllelesssvikt i den foreliggende avtale der selgerens defekte leveranser gjaldt tilvirkningskjøp og skyldtes arten av råvarene eller måten selgeren har innrettet tilvirkningen på, og det ikke er mulig å skaffe andre råvarer eller endre fremstillingsmåten innen oppfyllestidspunktet for det aktuelle tilvirkningskjøpet av samme type. Forarbeidene nevner det spesielle tilfellet at det etter avtaleinngåelsen viser seg at selgerens leveranser av tilsvarende salgsobjekt til andre kjøpere gjennomgående er mangelfulle som følge av en konstruksjons- eller fabrikasjonsfeil, og hvor feilen ikke kan rettes opp av selgeren før oppfyllestidspunktet.¹³² I disse tilfeller vil det foreligge tilstrekkelig grunnlag for å gjøre stansingsrett gjeldende.

¹³⁰ Bergem, Rognlien, 1995, s. 303.

¹³¹ L.c.

¹³² Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

Svikt i en parts evne til kontraktsmessig oppfyllelse kan være forårsaket av subjektive forhold som partens personlige eller individuelle forretningsmessige forhold.¹³³ Et eksempel er hvor selgeren etter å ha inngått en tilvirkningsavtale, ikke makter å produsere salgsgjenstanden slik kontrakten foreskriver fordi han mangler nødvendige kunnskaper om eller ferdigheter for slik tilvirkning. Svikten kan også være forårsaket av ytre objektive forhold, for eksempel hvor det etter inngåelsen av kjøpet inntreffer langvarig streik, handelsrestriksjoner som import- eller eksportforbud, en naturkatastrofe eller krigssituasjon.¹³⁴

Både der det er kontraktspartens økonomiske evne og der det er hans øvrige evner til kontraktsmessig oppfyllelse som svikter, er en forutsetning at svikten gjelder hans evne til å oppfylle den aktuelle kontrakten.¹³⁵ Men som vist ovenfor kan tilfellet være at svikt i oppfyllelsen av andre kontrakter indikerer sviktende evne også til oppfyllelse av den foreliggende kontrakt.

Generelt må gjelde at dersom det ennå gjenstår lang tid før den aktuelle kontraktsforpliktelse skal være oppfylt, må det kreves klarere og sikrere faktiske holdepunkter for forventningen for at beviskravet skal anses tilfredsstilt. Dette gjelder enten forventningen bygger på en parts sviktende økonomiske eller øvrige evne til å oppfylle, eller på partens egne handlinger og utsagn. Bakgrunnen for dette er muligheten for at det faktiske grunnlaget for bevisvurderingen endrer seg frem mot oppfyllestidspunktet. Illustrerende i så måte er voldgiftsdommen inntatt i ND 1975 s. 298 (voldgiftsdommerne høyesterettsdommer J. C. Mellbye, høyesterettsdommer Knut Blom og professor dr. jur. Sjur Brækhus.) Kontrakter om bygging og levering av fire tankskip var inngått og første termin innbetalt, hvorefter skipsrederen krevde terminen tilbakebetalt, og i den forbindelse gjorde gjeldende at rederiets kontraktsmessige forpliktelser var bortfalt som følge av antesipert mislighold på verkstedets side. Voldgiftsretten understreket at det var tale om kontrakter der levering først skulle skje etter lang tid; det var ved forfall av den omstridte terminen ennå tre år til arbeidet med det først skipet skulle begynne og enda lenger tid til første levering. Retten oppstilte deretter et særdeles

¹³³ Bergem, Rognlien, 1995, s. 303.

¹³⁴ L.c.

¹³⁵ L.c.

strengt beviskrav for antesipert mislighold, og uttalte i forbindelse med bevisvurderingen følgende om betydningen av tidsmomentet: ”Er det lang tid igjen til forberedelsen av levering skal ta til, vil det meget vanskelig kunne godtgjøres at mislighold vil måtte inntreffe.” Selv om dommen er avsagt før den gjeldende kjøpslov og FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp, og dessuten gjelder skipsbyggingskontrakter, har uttalelsene om og vektleggingen av tidsmomentet overføringsverdi til dagens kjøpsforhold.

Etter CISG artikkel 71, første ledd, litra a er en alternativ årsak til det ventede kontraktsbrudd: ”... a serious deficiency in his ability to perform ...”. Kjøpslovens formulering samsvarer også her med konvensjonen.

4.1.5 Spesielt om avhending av fast eiendom

På samme måte som kjøpsloven, gir avhendingslova adgang til å innstille oppfyllelsen og utøve tilbakeholdsrett på grunnlag av en forventning om kontraktsbrudd. Avhendingslova har regler om disse spørsmål i § 6-1, som i det vesentlige svarer til kjøpsloven § 61. Det siste fremgår av så vel ordlyden i bestemmelsene som av forarbeidene til avhendingslova.¹³⁶

Avhendingslova § 6-1, første ledd omhandler kontraktspartenes rett til å stanse egen oppfyllelse av kontrakten og holde egen kontraktsytelse tilbake, og fastslår at retten er betinget av at: ”... det etter at avtala er inngått, framgår av den andre partens handlemåte, eller av ein alvorleg svikt i betalingsevna eller evna til å oppfylle, at denne ikkje kjem til å oppfylle ...”. Som etter kjøpsloven, antas at det stilles krav både til sannsynligheten for kontraktsbrudd og til det faktiske grunnlaget for forventningen om slikt kontraktsbrudd.

Avhendingslova anvender samme formulering som kjøpsloven med hensyn til beviskravet. Uttrykket ”framgår” er det sentrale i begge bestemmelser. Det må derfor antas at kravet er det samme etter begge lover. Dette bekreftes i forarbeidene til avhendingslova; i Ot. prp. nr. 66 (1990-91) uttales nemlig følgende om vilkåret:

¹³⁶ Jfr. Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 124.

”Hovudvilkåret for at parten skal kunne stanse ytinga si, er at det « framgår » at motparten ikkje kjem til å oppfylle ein vesentleg del av skyldnadene sine. Dette svarer til hovudvilkåret i lausøyrekjøpslova § 61 fyrste ledd.”¹³⁷

Når det gjelder kravet til grunnlaget for forventningen, er ikke avhendingslovas ordlyd identisk med kjøpsloven. Begge bestemmelsene omhandler imidlertid en kontraktsparts ”handlemåte” og videre alvorlig sviktende oppfyllelsesevne, så for disse forholdene antas at kravene er de samme. Dette synes også forutsatt i forarbeidene til avhendingslova § 6-1. Det uttales der at: ”Om forståinga av fyrste ledd i lovutkastet her, viser departementet til det som er sagt i Ot prp nr 80 (1986-1987) s 111 om lausøyrekjøpslova § 61 fyrste ledd.”¹³⁸

I tilknytning til kontraktspartens sviktende økonomiske evne, anvender imidlertid kjøpsloven uttrykket ”... alvorlig svikt i ... [kontraktspartens] kredittverdighet ...” mens avhendingslova anvender uttrykket ”... alvorlig svikt i betalingsevna [til kontraktsmotparten] ...”. (Mine tilføyelser.) Avhendingslovas ordlyd avviker altså på dette punkt fra ordlyden i kjøpsloven. Etter en språklig forståelse har uttrykket ”betalingsevna” et noe snevrere meningsinnhold enn uttrykket ”kredittverdighet”. Betalingsevne gjelder, i alle fall tilsynelatende, særlig betalingsdyktigheten, mens kredittverdighet som vi har sett ovenfor i pkt. 4.1.4.3, innbefatter en mer sammensatt vurdering av partens betalingsdyktighet, økonomiske balanse samt øvrige finansielle tillit.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det har vært lovgivers intensjon å oppstille en avvikende materiell regel. For det første er den reelle meningsforskjellen mellom de to uttrykkene liten. For det annet tilsier uttalelsen i forarbeidene til avhendingslova som er referert ovenfor, og særlig når uttalelsen leses i sammenheng med sitatet fra kjøpslovens forarbeider, nærmere bestemt Ot. prp. nr. 80 (1986-87) side 111, som inntas i avhendingslovas forarbeider, Ot. prp. nr. 66 (1990-91),¹³⁹ at det ikke har vært lovgivers

¹³⁷ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 125.

¹³⁸ L.c.

¹³⁹ L.c.

intensjon å oppstille avvikende krav på dette punktet. Forarbeidene til avhendingslova viser her til og referer fra drøftelsene i kjøpslovens forarbeider av det nærmere innholdet i kjøpslovens uttrykk ”alvorlig svikt i ... kredittverdighet”. Når avhendingslovas forarbeider slik bygger på kjøpslovens stansingsbestemmelse og forarbeider, uten å verken problematisere eller engang nevne det faktum at avhendingslova på dette punkt har en avvikende formulering, tilsier dette at en realitetsforskjell ikke er tilsiktet. En forklaring på den avvikende formuleringen i avhendingslova kan være at mens kjøpsloven er forfattet på bokmål, er avhendingslova forfattet på nynorsk. Uttrykket ”kredittverdighet” kan ikke oversettes direkte til nynorsk, så det har antakelig vært nødvendig å finne en alternativ formulering. Etter dette legges derfor til grunn at også når det gjelder kontraktspartens sviktende økonomiske evne må bestemmelsene forstås på samme måte.

Ved overdragelse av fast eiendom vil et praktisk eksempel på at selgerens handlemåte kan gi grunnlag for en forventning om kontraktsbrudd være at selgeren ikke tar de nødvendige skritt for å gjennomføre overdragelsen, for eksempel unnlater å gjennomføre en nødvendig delingsforretning eller ikke foretar nødvendige slettelser i grunnboken.¹⁴⁰ Et eksempel på alvorlig svikt i selgerens evne til å oppfylle kontraktsmessig vil det være at eiendommen som skal overdras, tvangsselges før overdragelsen er gjennomført.¹⁴¹

4.2 Krav til arten og omfanget av det forventede mislighold

4.2.1 Problemstillingen og bakgrunnen for denne

Problemstillingen her er hvilke krav som må stilles til innholdet i det forventede kontraktsbrudd, altså til arten og omfanget av dette. Kjøpslovgivningens adgang til å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser ved antasipert mislighold er underlagt nettopp slike nærmere krav til arten og omfanget av det ventede kontraktsbruddet.

Der kontraktbruddssanksjoner gjøres gjeldende ved antasipert mislighold er hele situasjonen nødvendigvis preget av en viss usikkerhet. Det er på bakgrunn av denne

¹⁴⁰ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 125.

usikkerheten at kravene til arten og omfanget av det forventede kontraktsbruddet må forstås. På grunn av usikkerheten bør i alle fall ikke et forventet, men ubetydelig, kontraktsbrudd kunne foregripes ved sanksjoner.

4.2.2 Ikke-oppfyllelse av en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene

Et vilkår etter kjøpsloven § 61 er at det fremgår at en kontraktspart "... ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter ...". Formuleringen synes å innebære et krav til så vel arten som omfanget av det ventede kontraktsbruddet. Kontraktsbruddet må etter sin art og sitt omfang, innebære et brudd på en vesentlig del av partens kontraktsforpliktelser. Dette innebærer normalt at det må omfatte brudd på en eller flere hovedforpliktelser i kontraktsforholdet. Kontraktsbrudd som utelukkende gjelder biforpliktelser vil normalt ikke være tilstrekkelig.¹⁴² Det ventede kontraktsbrudd, enten det er tale om forsinkelse eller mangel, må videre ha et visst omfang; det må gjelde en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene.

4.2.3 Krav om vesentlig kontraktsbrudd?

Et spørsmål som reiser seg er om kravet om brudd på en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene innebærer at det ventede bruddet må være et "vesentlig kontraktsbrudd", slik tilfellet er ved heving.

Bestemmelsen om stansing i kjøpsloven § 61 må leses i sammenheng med bestemmelsen om heving i § 62. Sistnevnte oppstiller som et krav at forventningen gjelder et "... kontraktsbrudd som vil gi en part hevingsrett ...". Dette innebærer at forventningen må gjelde et "vesentlig kontraktsbrudd" som også for øvrig oppfyller vilkårene for heving, jfr. kjøpsloven §§ 25, 26, 39, 54 og 55, sml. § 94. Kravene er altså ulikt formulert.

Hvorvidt et kontraktsbrudd innebærer at en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene ikke oppfylles, er et vurderingstema som synes nært knyttet til avviket fra kontraktsmessig

¹⁴¹ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 125.

¹⁴² Synspunktet er fremhevet av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 524 i tilknytning til det motsvarende kravet i CISG artikkel 71, og må også gjelde for vurderingen under kjl. § 61.

oppfyllelse. Hvorvidt et kontraktsbrudd er vesentlig, beror imidlertid på en bred og sammensatt helhetsvurdering.¹⁴³ Det er naturlig å forstå vurderingstemaene slik at det skal mindre til før et kontraktsbrudd gjelder en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene, enn for at bruddet skal anses vesentlig. At et kontraktsbrudd medfører at en vesentlig del av forpliktelsene ikke oppfylles, innebærer derfor ikke nødvendigvis at kontraktsbruddet som helhet bedømt er vesentlig. Et forventet kontraktsbrudd som kvalifiserer til betegnelsen ”vesentlig” vil også falle inn under beskrivelsen i kjøpsloven § 61; ”... ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter ...”, men § 61 har altså et videre anvendelsesområde enn dette. Kravet til kontraktsbruddets art og omfang i kjøpsloven § 61 kan på bakgrunn av ordlyden i bestemmelsen, og i lys av kravets utforming i § 62, ikke forstås slik at det kreves at det forventede kontraktsbrudd er vesentlig og dermed hevingsbetingende.

FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp artikkel 71 stiller også krav til arten og omfanget av det ventede kontraktsbruddet. Her er formuleringen ”... will not perform a substantial part of his obligations ...”. Dette står i motsetning til den innarbeidede formuleringen ”fundamental breach of contract”, som uttrykker kravet til det forventede kontraktsbruddet ved heving på dette grunnlaget, jfr. CISG artikkel 72, første ledd. Som påpekt av blant annet Leser i Schlechtriem og Bennett i Bianca, Bonell innebærer kravet om brudd på ”a substantial part” av kontraktsforpliktelsene ikke noe krav om at kontraktsbruddet utgjør ”a fundamental breach of contract”.¹⁴⁴

Konvensjonens forhistorie kan klargjøre forholdet mellom stansings- og hevingsbestemmelsen. I utkastet til konvensjonen fra 1978,¹⁴⁵ ble for stansingstilfellene det forventede kontraktsbrudd betegnet slik: ”... the other party will not perform a substantial part of his obligations.”¹⁴⁶ Et forslag til ny stansingsbestemmelse inneholdt en avvikende formulering av det ventede kontraktsbruddet: ”... one of the parties will

¹⁴³ Om vesentlig kontraktsbrudd som hevingsvilkår, se Hagstrøm, 2003, s. 410 flg.

¹⁴⁴ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 524. Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 521.

¹⁴⁵ 1978 UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, publisert i Official Records of the General Assembly, Thirty-third Session, Supplement No. 17 (A/33/17); chap. II, para. 28. Også gjengitt i Honnold, 1989, s. 382 flg.

¹⁴⁶ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 129, artikkel 62, avsnitt 1.

commit a fundamental breach of contract ...”.¹⁴⁷ Endringsforslaget fikk imidlertid ikke flertall.¹⁴⁸ En av innsigelsene mot forslaget var at kravet om ”fundamental breach” i 1978-utkastet var forbeholdt hevingssituasjonen, mens et mer fleksibelt krav til det ventede mislighold ble anvendt for stansingstilfellene, hvilket ble antatt å være tilsiktet og derfor ikke burde endres.¹⁴⁹ Arbeidsgruppen som ble opprettet foreslo deretter å gå tilbake til den opprinnelige formuleringen ”... the other party will not perform a substantial part of his obligations ...”, som ble valgt i den endelige konvensjonsteksten.¹⁵⁰ Konvensjonens forhistorie bekrefter at ulikhetene i formuleringen av kravet til det ventede kontraktsbrudd i stansings- og hevingsbestemmelsen uttrykker en reell meningsforskjell. Kravet til det ventede kontraktsbruddet er mindre omfattende etter stansingsbestemmelsen enn etter hevingsbestemmelsen.

At kravene til det ventede kontraktsbruddet er lempeligere for å stanse enn for å heve kjøpet, har også støtte i reelle hensyn. Kravene til arten og omfanget av det forventede kontraktsbruddet gjenspeiler det faktum at kjøpsloven § 61, jfr. CISG artikkel 71 gir rett til midlertidige og relativt lite inngripende stansingsbeføyelser, mens kjøpsloven § 62, jfr. CISG artikkel 72 omhandler den definitive og mer vidtgående hevingsbeføyelsen.

I rettsteorien gjør ulike syn seg gjeldende, men den rådende oppfatning synes å være at kravet til det forventede kontraktsbruddets art og omfang er et annet og lempeligere der det er tale om å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser enn der kontrakten heves. Så vel Bergem og Rognlien¹⁵¹ som Hagstrøm¹⁵² inntar det standpunkt at kravet til det forventede kontraktsbrudd, slik dette er kommet til uttrykk i kjøpsloven § 61, ikke innebærer et krav om at kontraktsbruddet må være vesentlig og dermed hevingsbetingende etter § 62. Hov synes imidlertid å mene at det kreves at det forventede kontraktsbruddet er vesentlig, men drøfter ikke spørsmålet nærmere.¹⁵³

¹⁴⁷ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981, s. 129, artikkel 62, avsnitt 10.

¹⁴⁸ Op. cit. s. 130, artikkel 62, avsnitt 12.

¹⁴⁹ Op. cit. s. 421, 35 møte, avsnitt 9.

¹⁵⁰ Op. cit. s. 130, artikkel 62, avsnitt 14-15.

¹⁵¹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 301.

¹⁵² Hagstrøm, 2003, s. 590.

¹⁵³ Hov, 2002 II, s. 256.

Etter dette legges derfor til grunn at kravet til det forventede kontraktsbruddet i kjøpsloven § 61, ikke innebærer at forventningen må gjelde et vesentlig, i betydningen hevingsbetingende, kontraktsbrudd.

4.2.4 Den nærmere vurderingen

Spørsmålet blir så hvordan den nærmere vurderingen av kravet til innholdet i det ventede kontraktsbruddet skal foretas. Det må som nevnt legges til grunn at kravet om at kontraktsparten "... ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter ..." ikke innebærer et krav om at det vil inntre "vesentlig kontraktsbrudd" i tradisjonell forstand. Men betyr dette at vurderingen av det ventede kontraktsbruddets art og omfang er en prinsipielt annen her, eller kun at det ved stansing skal mindre til før kravet anses tilfredsstilt?

Utgangspunktet for vurderingen av hva som er en vesentlig del av en parts plikter, er det konkrete kontraktsforholdet. Forarbeidene til kjøpsloven fremholder nettopp at det må gjøres en konkret vurdering.¹⁵⁴ I tilknytning til CISG artikkel 71 er det fremhevet at ved vurderingen av hva som utgjør en "substantial part" av kontraktsforpliktelsene, må kontraktsforholdet vurderes som en helhet.¹⁵⁵ Dette må gjelde tilsvarende etter kjøpsloven § 61. Kjøpslovens forarbeider fastslår at det ved vurderingen ikke bare er den økonomiske, men også den funksjonelle, betydningen av manglende kontraktsmessig oppfyllelse som må tas i betraktning.¹⁵⁶

Ettersom vurderingstemaet er hvorvidt det ventede kontraktsbruddet gjelder en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene, må utgangspunktet være det ventede avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse. Dette innebærer at partens samlede forpliktelser etter kontrakten må fastlegges, hvorefter det må vurderes hvor stor del av disse pliktene som ventes misligholdt. Dette er det samme utgangspunktet som ved vurderingen av om det ventes "vesentlig kontraktsbrudd".

¹⁵⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

¹⁵⁵ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 524.

¹⁵⁶ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 111.

Hvorvidt også andre forhold kan tillegges betydning, og i så fall hvilke forhold som kan være relevante, må bero på det konkrete kontraktsforhold. Et praktisk eksempel er at et ventet kontraktsbrudd har særlig betydning for realkreditor, for eksempel der en ventet forsinket levering av salgsgjenstanden vil ramme kjøperen spesielt hardt fordi han er avhengig av rettidig levering. Hvorvidt slike forhold er relevant for vurderingen av om det ventede kontraktsbruddet gjelder en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene, må altså avgjøres på grunnlag av den aktuelle kontrakten.¹⁵⁷ Det vil være viktig om den særlige betydningen av kontraktsmessig oppfyllelse, for eksempel i form av rettidig levering av kontraktsgjenstanden, fremgår av kontrakten og dermed har vært synlig for den part som ventes å misligholde kjøpet.¹⁵⁸

Hvorvidt det er anledning til å ta øvrige forhold i betraktning må igjen avgjøres ut fra kontraktens bestemmelser og kontraktsforholdet som helhet. Forhold som tradisjonelt tillegges betydning under den ordinære vesentlighetsvurderingen, slik som årsaken til det ventede kontraktsbruddet, i hvilken utstrekning kreditor kan avhjelpes ved alternative sanksjoner og hvor hardt heving vil ramme medkontrahenten, kan imidlertid neppe trekkes inn ved vurderingen her. Slike forhold synes nokså klart ikke å være relevant for vurderingen av om det ventede kontraktsbruddet gjelder en vesentlig del av partens plikter etter kontrakten. Vurderingstemaet her synes å legge opp til en mer avgrenset vurdering av hvor stort det ventede avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse er.

Etter dette kan det konstateres at vurderingen av hvorvidt kontraktsbruddet gjelder en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene, ikke er sammenfallende med vurderingen av om det ventes vesentlig kontraktsbrudd, men at det likevel er visse likhetstrekk mellom de to vurderingstemaene.

¹⁵⁷ Dette er fremholdt av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 524 i tilknytning til kravet til det ventede kontraktsbruddet etter CISG artikkel 71 og må gjelde tilsvarende for vurderingen under kjl. § 61.

¹⁵⁸ Fremholdt av Leser i Schlechtriem, l.c., i tilknytning til kravet til det ventede kontraktsbruddet etter CISG artikkel 71 og må gjelde tilsvarende for vurderingen under kjl. § 61.

4.2.5 Spesielt om avhending av fast eiendom

Avhendingsloven § 6-1, første ledd krever for å stanse oppfyllelsen og utøve tilbakeholdsrett at det fremgår at kontraktsmotparten "... ikkje kjem til å oppfylle ein vesentleg del av skyldnadene sine ...". Dette er den samme formuleringen som benyttes i kjøpsloven § 61, hvilket tilsier at kravet til arten og omfanget av det forventede kontraktsbrudd må forstås på samme måte etter begge bestemmelser. Forståelsen har videre støtte i avhendingslovens forarbeider. I Ot. prp. nr. 66 (1990-91) fremholdes som vi har sett ovenfor, at blant annet kravet til innholdet i det forventede kontraktsbruddet er det samme etter avhendingsloven § 6-1 som etter kjøpsloven § 61.¹⁵⁹ På denne bakgrunn legges til grunn at kravet til arten og omfanget av det forventede kontraktsbruddet må forstås på samme måte etter kjøps- og avhendingsloven.

4.3 Betydningen av sikkerhetsstillelse

4.3.1 Problemstillingen og bakgrunnen for denne

Problemstillingen tar utgangspunkt i en parts rett til å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende ved forventet kontraktsbrudd på medkontrahentens side, og gjelder betydningen av at den andre parten stiller sikkerhet for sin fremtidige, kontraktsmessige oppfyllelse. Spørsmålet er om adgangen til å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende avskjæres ved slik sikkerhetsstillelse. Dersom dette er tilfellet, oppstår spørsmålet om hvilke krav som må stilles til sikkerhetsstillelsen for at den skal ha avskjærende virkning.

Bakgrunnen for problemstillingen er at den ene parten i et kjøpsforhold på grunnlag av visse faktiske omstendigheter, forventer at medkontrahenten ikke vil ha tilstrekkelig vilje eller evne til å oppfylle kontraktsmessig. At medkontrahenten deretter stiller sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse vil være en ny faktisk kjensgjerning som må tas i betraktning. Det må tas utgangspunkt i sikkerheten som er stilt, og vurderes hvorvidt denne skal avskjære videre utøvelse av stansingsbeføyelsene.

¹⁵⁹ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 125.

4.3.2 Sikkerhetsstillelsens avskjærende virkning

Kjøpsloven § 61, fjerde ledd fastslår følgende: ”Part som har innstilt sin oppfyllelse eller hindret at tingen blir overgitt, må fortsette oppfyllelsen dersom den annen part stiller betryggende sikkerhet for sin oppfyllelse.” Bestemmelsen får anvendelse der en av partene i et kjøpsforhold gjør gjeldende stansingsbeføyelser etter § 61, første eller annet ledd, og avskjærer adgangen til fortsatt utøvelse av disse beføyelser der medkontrahenten ”... stiller betryggende sikkerhet for sin oppfyllelse ...”.

Bestemmelsen svarer til CISG artikkel 71, tredje ledd, som fastslår at: ”A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, ... must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.” Også etter konvensjonen avskjærer medkontrahentens sikkerhetsstillelse adgangen til videre utøvelse av stansingsbeføyelsene.

At en part i en kjøpsavtale må fortsette oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser dersom medkontrahenten stiller betryggende sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse, kan sies å følge allerede av § 61, første ledd. Grunnvilkårene for å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser ved forventet kontraktsbrudd er da ikke lenger oppfylt, ettersom det ikke lenger fremgår som tilstrekkelig sannsynlig at kontraktsbrudd vil inntre. Slik sett er regelen om avskjæring av retten til å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser i § 61, fjerde ledd overflødig ved siden av vilkårene for beføyelsene i § 61, første og annet ledd. Sammenhengen mellom de ulike ledd i bestemmelsen kommenteres også i forarbeidene, der det likevel fremheves som en fordel uttrykkelig å fastslå at sikkerhetsstillelse avskjærer stansingsretten.¹⁶⁰

4.3.3 Kravene til sikkerhetsstillelsen

Kjøpsloven § 61, fjerde ledd gjelder: ”... betryggende sikkerhet for ... oppfyllelse ...”. Det må stilles betryggende sikkerhet for oppfyllelse av kontrakten, og ordlyden synes nærmest å tilsi at sikkerhet må stilles for full kontraktsmessig oppfyllelse, altså så vel rettidig som korrekt oppfyllelse for øvrig, i tråd med den aktuelle kontraktens bestemmelser. Imidlertid må det være tilstrekkelig at sikkerheten som stilles er så omfattende

¹⁶⁰ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

at en eventuell usikret del av kontraktsforpliktelsene ikke utgjør en vesentlig del av disse.¹⁶¹ Da vil de alminnelige vilkårene for stansing i § 61, første ledd ikke lenger være tilfredsstilt. Det fremgår ikke at kontraktsbrudd knyttet til en vesentlig del av kontraktsforpliktelsene vil inntre.

Hva som skal til for at sikkerheten skal anses ”betryggende” i lovens forstand, må etter forarbeidene bero på en konkret vurdering i det enkelte kontraktsforhold.¹⁶² Vurderingen må ta utgangspunkt i kontraktsytelsen som forventes misligholdt, de konkrete holdepunktene for forventningen om mislighold og ellers kontraktsforholdet i sin helhet.¹⁶³ Det vil særlig være av betydning hva slags forhold som ventes å forårsake kontraktsbruddet, ettersom sikkerheten må være tilstrekkelig til å nøytralisere dette forhold.¹⁶⁴ Hvis kjøperen forventes å misligholde sin vederlagsplikt fordi han gjennomgående unnlater å betale sine fordringer ved forfall, må kjøperen enten dokumentere at hans løpende betalinger er gjenopprettet eller fremskaffe en garantierklæring, for eksempel fra en bank, for at sikkerheten skal kunne anses betryggende.¹⁶⁵ Hvor selgeren forventes ikke å kunne levere på grunn av at en langvarig streik har rammet virksomheten, må han dokumentere enten at streiken er avsluttet eller at en alternativ leveringskilde er funnet.¹⁶⁶ Hvor medkontrahenten forventes å misligholde sine forpliktelser, rett og slett fordi han har gitt uttrykk for at han ikke akter å oppfylle, vil det at han senere gir uttrykk for å ha ombestemt seg og likevel vil oppfylle, etter forholdene kunne være tilstrekkelig.¹⁶⁷

¹⁶¹ Synspunktet er fremholdt av Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 523 og Honnold, 1999, s. 434-435, i tilknytning til bestemmelsen om ”adequate assurance” i CISG artikkel 71, tredje ledd, og må også gjelde for vurderingen under kjl. § 61.

¹⁶² Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹⁶³ Dette er fremholdt av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 531 i tilknytning til bestemmelsen om ”adequate assurance” i CISG artikkel 71, tredje ledd, og må også gjelde for vurderingen under kjl. § 61.

¹⁶⁴ Dette er fremholdt av Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 522 og Honnold, 1999, s. 434, i tilknytning til bestemmelsen om ”adequate assurance” i CISG artikkel 71, tredje ledd, og må også gjelde for vurderingen under kjl. § 61.

¹⁶⁵ Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 523 og Honnold, 1999, s. 434.

¹⁶⁶ Bennett i Bianca, Bonell, l.c. og Honnold, l.c.

¹⁶⁷ Bennett i Bianca, Bonell, l.c. Motsatt Bergem, Rognlien, 1995, s. 588 og Honnold, l.c.

Slik bestemmelsen er utformet er spørsmålet om sikkerhetsstillelse av avgjørende betydning for retten til å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser. Dette tilsier at normen for vurderingen av sikkerhetsstillelsen og hvorvidt denne er betryggende, må være objektiv, eventuelt med visse subjektive elementer. Utgangspunktet for vurderingen må være hvordan en alminnelig, fornuftig person med kjennskap til det aktuelle kjøpsforhold, ville vurdert situasjonen.¹⁶⁸

I tilknytning til bestemmelsen om ”adequate assurance” i CISG artikkel 71, tredje ledd er det fremholdt at uttrykket ”assurance” ikke utelukkende omfatter sikkerhet i tradisjonell forstand.¹⁶⁹ Dette må gjelde tilsvarende i forhold til kjøpslovens bestemmelse om sikkerhetsstillelse.

Leser i Schlechtriem fremholder at: ”According to the legislative history and the English and French wording (‘assurances’), ... ‘assurance’ is not limited to securities in the usual sense, such as mortgages, liens, chattel mortgage, assignments, and guarantees. Other means and forms of assurance may conceivably assuage the other party’s concern that there will be a breach of contract ...”.¹⁷⁰

Kravet om at en stilt sikkerhet må være ”adequate”, innebærer et krav til så vel sikkerhetens art som omfang.¹⁷¹ På samme måte må kravet om ”betryggende sikkerhet” i kjøpsloven § 61 forstås.

Når det gjelder kjøperens plikt til å betale kontraktsmessig vederlag, nevner forarbeidene som eksempel på sikkerhet som normalt vil være tilstrekkelig, at det stilles bankgaranti eller lignende garanti for vederlaget.¹⁷² I rettsteorien nevnes som eksempler på sikkerhet som kan tenkes tilstrekkelig, at det stilles kausjon eller avtales salgspant.¹⁷³ I enkelte tilfeller vil også en endring av kontraktsvilkårene, slik at kjøperens

¹⁶⁸ Dette er fremholdt av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 531 i tilknytning til bestemmelsen om ”adequate assurance” i CISG artikkel 71, tredje ledd, og må også gjelde for vurderingen under kjl. § 61.

¹⁶⁹ Leser i Schlechtriem, l.c.

¹⁷⁰ L.c.

¹⁷¹ L.c.

¹⁷² Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹⁷³ Bergem, Rognlien, 1995, s. 306.

opprinnelige kreditt avløses av en plikt til kontant oppgjør, utgjøre tilstrekkelig sikkerhet.¹⁷⁴

Med hensyn til selgerens plikt til å prestere salgsgjenstanden, vil sikkerhet kunne stilles gjennom en tredjemannsgaranti for eventuelt økonomisk tap ved kontraktsbrudd, for eksempel bankgaranti,¹⁷⁵ eller garanti fra forsikringsselskap¹⁷⁶. Slike garantier vil normalt være tilstrekkelige, og anses som ”betryggende sikkerhet” i lovens forstand.¹⁷⁷

Av en annen type er sikkerhet som stilles av selgeren selv, forarbeidene nevner som eksempel at det fremlegges kvalitetsbevis eller lignende som viser at det ikke er fare for mangelfull levering.¹⁷⁸ Det må vurderes konkret hvorvidt slik sikkerhet kan anses tilstrekkelig.

Verken fra selgerens eller kjøperens side vil et rent utsagn eller løfte om kontraktsmessig ytelse isolert sett være tilstrekkelig. En slik forsikring innebærer reelt sett ikke mer enn det som allerede følger av den inngåtte avtale.¹⁷⁹ En reservasjon må antakelig gjøres hvor grunnlaget for kontraktbruddsforventingen utelukkende er medkontrahentens utsagn om at denne ikke akter å oppfylle.

Siden det må bero på en konkret vurdering i det enkelte kontraktsforhold hvorvidt ”betryggende sikkerhet” anses stilt, kan også andre former for sikkerhetsstillelse enn de nevnte være tilstrekkelig.

CISG artikkel 71, tredje ledd anvender som vi har sett uttrykket: ”adequate assurance”. Rent språklig synes bestemmelsen å kreve ”tilstrekkelig sikkerhet” eller ”egnet sikkerhet” heller enn ”betryggende sikkerhet”, slik kjøpsloven § 61 krever. Språklig synes derfor konvensjonen å kreve noe mindre av sikkerheten enn kjøpsloven. På

¹⁷⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹⁷⁵ L.c.

¹⁷⁶ Bergem, Rognlien, 1995, s. 306.

¹⁷⁷ Dette følger forutsetningsvis av Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹⁷⁸ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹⁷⁹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 306. For selgerens del er dette også fremhevet i forarbeidene til bestemmelsen; Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

bakgrunn av at sikkerheten stilles for oppfyllelse av allerede pådratte kontraktsmessige forpliktelser, og i lys av den funksjon sikkerhetsstillelsen har, er det imidlertid nærliggende å forstå kravet om ”adequate assurance” slik at dette innebærer at sikkerheten må være betryggende. Ettersom sikkerheten avskjærer medkontrahenten fra å gjøre stansingsbeføyelser gjeldende, tilsier også rimelighetshensyn at sikkerheten må være betryggende.

Det legges derfor til grunn at regelen om sikkerhetsstillelse i kjøpsloven § 61 ikke går lenger enn det som følger av CISG artikkel 71, og at det på dette punkt er overensstemmelse mellom lovens og konvensjonens regler.

4.3.4 Spesielt om avhending av fast eiendom

Avhendingsloven § 6-1, tredje ledd bestemmer at: ”Ein part som har stansa oppfyllinga, må halde fram å oppfylle dersom den andre parten gir fullgod trygd for si oppfylling.” Bestemmelsen tilsvarer kjøpslovens formulering. I forarbeidene til avhendingsloven uttales da også at: ”*Tredje ledd* ... svarer til lausøyrekjøpslova § 61 fjerde ledd,”¹⁸⁰ og det siteres videre fra den aktuelle drøftelse i forarbeidene til kjøpsloven. På denne bakgrunn legges derfor til grunn at kjøps- og avhendingslovens regler om medkontrahentens sikkerhetsstillelse må forstås på samme måte.

4.4 Betydningen av varsling

4.4.1 Problemstillingen og bakgrunnen for denne

Problemstillingen her gjelder varslingsplikt for den part som gjør gjeldende stansingsbeføyelser ved forventet kontraktsbrudd. Spørsmålet er i hvilken utstrekning det påligger kontraktsparten som gjør gjeldende slike beføyelser en plikt til å varsle medkontrahenten om dette. Dersom det foreligger varslingsplikt, oppstår spørsmålet om det nærmere innholdet av plikten, og hvilke rettsvirkninger overtredelse medfører.

Bakgrunnen for de spørsmål vi her står overfor er at partene har inngått en kjøpsavtale, og at den ene parten deretter ønsker å innstille oppfyllelsen eller hindre overgivelse av

¹⁸⁰ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 125.

kontraktsytelsen på bakgrunn av en forventning om kontraktsbrudd fra medkontrahentens side. I kjøpsforhold, som i øvrige gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, gjelder etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper en gjensidig plikt til lojal opptreden partene imellom.¹⁸¹ På bakgrunn av lojalitetsplikten oppstår naturlig spørsmålet om en part som ønsker å gjøre beføyelser gjeldende plikter å varsle medkontrahenten om dette.

4.4.2 Varslingsplikten

Kjøpsloven § 61, tredje ledd, første pkt. fastslår følgende: ”Den part som innstiller oppfyllelsen eller hindrer at tingen blir overgitt, må straks varsle den annen part.” Bestemmelsen retter seg mot den kontraktspart som innstiller oppfyllelsen eller hindrer overgivelse av kontraktsgjenstanden. Part som hindrer overgivelse omfatter både parten som holder tilbake sin egen kontraktsytelse og selgeren som gjør gjeldende stansingsrett ved å hindre overgivelse av kontraktsgjenstanden etter avsendelsen. Kontraktsparten plikter å varsle medkontrahenten.

Det stilles videre krav til tidspunktet for varslingen, i det varsel skal gis ”straks”. Av ordlyden og forarbeidene¹⁸² fremgår at varselet må gis umiddelbart etter at den aktuelle stansingsbeføyelse er gjort gjeldende. Forhåndsvarsel er dermed ikke nødvendig. Bestemmelsen oppstiller ikke noe krav til varselets form. Etter ordlyden og forarbeidene¹⁸³ er det altså uten betydning hvordan medkontrahenten varsles, så lenge varselet når medkontrahenten i tide.

Ettersom det er utøvelsen av stansingsbeføyelsene som utløser varslingsplikten, må varselet nødvendigvis opplyse om at stansingsrett gjøres gjeldende. Ytterligere krav til innholdet av varselet oppstilles ikke. Det kan derfor neppe utledes noe krav om at varselet opplyser om stansings- eller tilbakeholdsgrunnen. Det vil imidlertid være naturlig at varselet i tillegg til å opplyse om at stansing gjøres gjeldende, opplyser om grunnlaget for dette. Opplysning om dette vil gi medkontrahenten bedre anledning til å innrette seg og eventuelt stille sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse, noe som vil

¹⁸¹ At det foreligger et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold, fremkommer av en rekke rettsavgjørelser, se for eksempel Rt. 1988, s. 1078.

¹⁸² Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹⁸³ L.c.

bringe oppfylleelsesprosessen i gang igjen, jfr. kjøpsloven § 61, fjerde ledd. At varselet også opplyser om stansingsgrunnen vil derfor best oppfylle et av varslingsregelens sentrale formål, nemlig å gi medkontrahenten foranledning til å stille sikkerhet for sin oppfyllelse. Også lojalitetshensynet tilsier at varselet bør gi opplysning om varslingsgrunnen.

Kjøpsloven § 61, tredje ledd, første pkt. motsvarer CISG artikkel 71, tredje ledd. Sistnevnte fastslår at: "A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party ...". Varslingsplikten ved utøvelse av stansingsrett er altså gitt samme utforming i konvensjonen og loven.

4.4.3 Rettslige konsekvenser av unnlatt varsling

Dersom stansingsbeføyelser gjøres gjeldende uten at medkontrahenten varsles, oppstår spørsmålet om hvilke rettslige konsekvenser dette har.

Kjøpsloven § 61, tredje ledd, annet pkt. fastslår at: "Blir varsel ikke gitt, kan den annen part kreve erstattet tap som kunne vært unngått om han var blitt varslet." Bestemmelsen innebærer at en rettslig konsekvens av unnlatt varsel er erstatningsansvar for medkontrahentens økonomiske tap som følge av den manglende varsling. Forarbeidene nevner som eksempel kjøperens transportutgifter som viser seg å være overflødige fordi selgeren har unnlatt å opplyse om at han holder salgsgjenstanden tilbake.¹⁸⁴

Til tross for at bestemmelsen uttrykkelig regulerer rettsvirkningene av manglende varsling, sies det ikke noe om at oppfyllelsen må fortsette dersom varsel ikke gis. Dersom utelatt varsling skulle avskjære videre utøvelse av stansingsbeføyelsene, ville det vært naturlig å la dette komme til uttrykk i bestemmelsen. Særlig gjelder dette når bestemmelsen leses i sammenheng med § 61, fjerde ledd, som fastslår at rettsvirkningen av medkontrahentens sikkerhetsstillelse nettopp er avskjæring av den videre adgang til å gjøre gjeldende stansingsbeføyelser. Etter ordlyden synes det derfor ikke som om unnlatt varsling avskjærer videre utøvelse av stansingsbeføyelsene, slik at varsling er et

¹⁸⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

vilkår for å gjøre de aktuelle beføyelser gjeldende. I forarbeidene til bestemmelsen sies det også uttrykkelig at: ”Manglende varsel har ingen betydning for retten til å opprettholde stansingen ...”.¹⁸⁵

Det kan imidlertid reises innvendinger mot denne forståelsen. Varslingsplikten må som nevnt forstås på bakgrunn av det alminnelige lojalitetsprinsipp i kontraktsretten. Det er naturlig å forstå varslingsplikten som et særlig utslag av dette prinsippet. Kravet om aktsom og lojal opptreden i kontraktsforhold kan tilsi at plikten til å varsle medkontrahenten ved utøvelse av stansingsbeføyelser bør anses som så grunnleggende og så nært knyttet til utøvelsen av disse beføyelsene, at en unnlatelse av å varsle bør gis mer vidtrekkende konsekvenser enn erstatningsansvar alene. På den annen side er den normale rettslige sanksjon ved brudd på denne type biforpliktelser i kontraktsforhold nettopp erstatningsansvar.

Det er videre nær sammenheng mellom varslingsplikten etter kjøpsloven § 61, tredje ledd og bestemmelsen om sikkerhetsstillelse inntatt i § 61, fjerde ledd. Medkontrahentens sikkerhetsstillelse avskjærer kontraktspartens adgang til fortsatt utøvelse av stansingsbeføyelsene. En forutsetning for at medkontrahenten skal ha foranledning til å stille sikkerhet, er imidlertid at han er oppmerksom på at kontraktsparten gjør gjeldende stansings- eller tilbakeholdsrett. Kontraktspartens varsel gjør medkontrahenten oppmerksom på at han utsettes for sanksjoner, og gir dermed oppfordring til å stille sikkerhet for oppfyllelsen. Der en part innstiller oppfyllellesforberedelsene forut for oppfyllestidspunktet er dette normalt ikke synlig for medkontrahenten. I disse tilfellene vil et stansingsvarsel derfor være det eneste som gir medkontrahenten foranledning til å stille sikkerhet.

Sammenhengen mellom varslings og sikkerhetsstillelse er enda mer fremtredende ved heving av kjøpet, og er fremhevet i kjøpsloven § 62, andre ledd, i.f., jfr. første ledd og videre i forarbeidene til hevingsbestemmelsen.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

¹⁸⁶ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

Sammenhengen mellom den stansende parts varsling og medkontrahentens sikkerhetsstillelse kan tilsi at også overholdelse av varslingsplikten bør anses som en forutsetning for stansing, slik at en unnlatelse av å varsle avskjærer adgangen til fortsatt stansing eller tilbakehold.

FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp artikkel 71, tredje ledd inneholder ingen uttrykkelig regulering av rettsvirkningene av unnlatt varsling, og har således ingen regel som motsvarer kjøpsloven § 61, tredje ledd, annet pkt. Hvorvidt rettsvirkningen av unnlatt varsling kun er erstatningsansvar for medkontrahentens tap på grunn av dette, eller den mer vidtrekkende konsekvens at adgangen til fortsatt utøvelse av stansingsretten avskjæres, synes derfor åpent etter konvensjonenes ordlyd. Spørsmålet later heller ikke til å være avklart i konvensjonenes bakgrunnsmateriale.¹⁸⁷

I rettsteorien gjør ulike synspunkter seg gjeldende med hensyn til rettsvirkningene av unnlatt varsling. Leser i Schlechtriem antar at varsling av medkontrahenten må være en forutsetning for stansingsretten, og at unnlatt varsling derfor må avskjære stansingsretten, og uttaler blant annet følgende om dette:

”Breach of a duty to give notice cannot sensibly be separated from the remedy of suspension itself and compensated for with a separate award of damages. The duty to give notice is an integral part of the way in which the right is constructed. ... Therefore the giving of notice to the other party should, rather, be regarded as a precondition of the right to suspend performance. ... Even though the other preconditions are satisfied, the right to suspend performance cannot be invoked until notice has been given.”¹⁸⁸

Staudinger, Magnus, antar på sin side at varsel av medkontrahenten ikke kan anses som en forutsetning for stansingsretten, og at rettsvirkningen av unnlatt varsling utelukkende er erstatningsansvar:

¹⁸⁷ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York, 1981 og Leser i Schlechtriem, 1998, s. 527.

¹⁸⁸ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 527-528.

”... berührt die unterlassene Anzeige dagegen **nicht das Aussetzungsrecht**, sondern gibt dem Schuldner nur das Recht, vom Gläubiger den Schaden ersetzt zu verlangen, der auf die unterlassene Anzeige zurückzuführen ist ... Weder der Text des Abs 3 noch die Entstehungsgeschichte geben einen Hinweis darauf, daß Abs 3 die in Art 71 Abs 1 geregelten Voraussetzungen des Aussetzungsrechts erweitern sollte.”¹⁸⁹

Når verken konvensjonens ordlyd eller forhistorie avklarer spørsmålet, og rettsteorien er delt i forståelsen av bestemmelsen, må spørsmålet om rettsvirkningen av unnlatt varsling etter CISG artikkel 71, tredje ledd, anses åpent.

Kjøpsloven § 88, annet ledd som i det vesentlige svarer til CISG artikkel 7, annet ledd fastslår som nevnt at:

”Spørsmål om forhold som FN-konvensjonen omhandler, men ikke uttrykkelig løser, skal avgjøres i samsvar med de prinsipper konvensjonen bygger på, eller for øvrig i samsvar med det lands lov som skal legges til grunn etter reglene i internasjonal privatrett ...”.

Ettersom konvensjonens stansingsbestemmelse inneholder regler om varslingsplikt for den stansende part, må spørsmålet om rettsvirkningen av unnlatt varsling anses å være et forhold som omhandles av konvensjonen, men som den ikke uttrykkelig løser.

Spørsmålet er derfor om noen av de generelle prinsippene som ligger til grunn for FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp gir nærmere anvisning på spørsmålet om rettsvirkningene av brudd på varslingsplikten. Prinsippet om redelighet og god tro i internasjonal handel er nedfelt i CISG artikkel 7, første ledd, jfr. forutsetningsvis også artiklene 40, 43, annet ledd og 68. Selv om prinsippet nok kan begrunne selve varslingsplikten, kan det neppe av et så generelt prinsipp trekkes slutninger om rettsvirkningene av overtredelse av plikten. Det samme gjelder for prinsippet om at partene skal opptre med rimelighet og i samsvar med god forretningsskikk, som kan utledes av flere av konvensjonens bestemmelser, blant annet de ovennevnte bestemmelser om redelighet

¹⁸⁹ Staudinger, Magnus, 1999, s. 620, med videre henvisninger til andre forfattere med samme syn.

og god tro. En sentral målsetting ved utformingen av bestemmelsen om stansingsrett ved antepert mislighold, var å oppnå en best mulig balanse mellom hver av kontraktspartenes interesser.¹⁹⁰ Denne målsettingen må ha betydning også for tolkingen av stansingsbestemmelsen, men kan neppe gi grunnlag for slutninger om de nærmere rettsvirkningene av brudd på varslingsplikten.

Heller ikke samarbeids- og medvirkningsplikten, herunder den gjensidige informasjonsplikten, som kan utledes av CISG artiklene 32, tredje ledd, 48, annet ledd, 60, litra a og 65, synes å gi holdepunkter for annet enn at det må foreligge en varslingsplikt. Når konvensjonsbestemmelsen uttrykkelig oppstiller en varslingsplikt ved utøvelse av stansingsretten, og brudd på varslingsplikten uansett vil få konsekvenser, om enn bare i form av erstatningsansvar, må prinsippet om gjensidig samarbeid og informasjon kontraktspartene imellom anses tilfredsstilt. Det kan neppe med hjemmel i prinsippet utledes bestemte regler om rettsvirkningene av unnlatt varsling.

Leser i Schlechtriem fremholder imidlertid partenenes plikt til å holde hverandre informert til støtte for at varsling bør anses som en forutsetning for stansingsretten.¹⁹¹

Etter dette antas at heller ikke de generelle prinsipper som ligger til grunn for konvensjonen gir anvisning på hvilke nærmere rettslige konsekvenser unnlatelse av å varsle medkontrahenten ved utøvelse av stansingsretten har.

Dermed må spørsmålet om rettsvirkningene av unnlatt varsling løses "... i samsvar med det lands lov som skal legges til grunn etter reglene i internasjonal privatrett ...", jfr. kjøpsloven § 88, annet ledd og CISG artikkel 7, annet ledd i.f. Det forutsettes at kjøpsloven får anvendelse, og løsningen må dermed søkes med utgangspunkt i kjøpsloven § 61, jfr. særlig § 61, tredje ledd, annet pkt.

Så vel ordlyden i kjøpsloven § 61, tredje ledd som forarbeidene til bestemmelsen, tilsier som vi har sett, at rettsvirkningen av unnlatt varsling utelukkende er erstatningsansvar

¹⁹⁰ United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook Volume V 1974, United Nations, New York, 1975, s. 38, avsnitt 93 flg. og Yearbook Volume VI 1975, United Nations, New York, 1976, s. 59, avsnitt 99-100. Se også Leser i Schlechtriem, 1998, s. 522.

¹⁹¹ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 528.

for medkontrahentens tap som følge av dette, og ikke at adgangen til fortsatt utøvelse av stansingsretten avskjæres. Etter lovens ordlyd og forarbeider synes derfor ikke varsling å være et vilkår for utøvelse av stansingsretten. Når lovens ordlyd og forarbeider trekker i samme retning og forståelsen av CISG er åpen, kan de innvendinger mot denne løsningen som gjør seg gjeldende neppe være utslagsgivende.

Dersom forståelsen av CISG artikkel 71, tredje ledd hadde vært klar, enten ved at det fulgte av selve konvensjonsteksten, konvensjonens forhistorie eller en ensartet tolkingspraksis knyttet til konvensjonen, at rettsvirkningen av unnlatt varsling var avskjæring av den videre stansingsretten, ville situasjonen vært en annen. Da ville kjøpsloven § 61, tredje ledd slik bestemmelsen etter ordlyden og forarbeidene må forstås, vært i strid med konvensjonens regel.

Det ville da vært nødvendig å ta stilling til om det ved anvendelsen av kjøpsloven § 61, tredje ledd i internasjonale kjøp, med hjemmel i kjøpsloven § 88, første ledd, måtte ses bort fra den avvikende regulering av rettsvirkningene av unnlatt varsling i kjøpsloven § 61. Mye kan tale for denne løsning.

Det ville videre vært nødvendig å ta stilling til hvorvidt forståelsen av kjøpsloven § 61, tredje ledd også for de nasjonale kjøp, måtte revideres. Dette ville måtte bero på en avveining mellom på den ene side de norske rettskilder, ordlyden og forarbeidene, og på den annen side konvensjonsteksten og ulempen ved å operere med forskjellige rettsvirkninger av unnlatt varsling i nasjonale og internasjonale kjøp.

4.4.4 Spesielt om avhending av fast eiendom

Avhendingsloven § 6-1, annet ledd bestemmer at: ”Ein part som stanser oppfyllinga, må straks varsle den andre. Blir varsel ikkje gitt, kan den andre parten krevje skadebot for tap som kunne ha vore unngått om varsel var gitt.” Ordlyden er helt i samsvar med kjøpslovens formulering. I forarbeidene til bestemmelsen kommenteres varslingsplikten i all hovedsak på samme måte som kjøpslovens varslingsplikt kommenteres i forarbeidene til kjøpsloven.¹⁹² Etter dette legges derfor til grunn at plikten til å varsle medkontrahenten ved utøvelse av stansingsbeføyelser er den samme etter kjøps- og avhendingsloven.

¹⁹² Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 125.

5 Adgangen til å heve kjøpet

I det følgende skal adgangen til å heve kjøpet på grunnlag av antesipert mislighold behandles. Spørsmålet er hvilke vilkår som må være oppfylt for at kontrakten skal kunne heves på dette grunnlaget.

5.1 Krav til sannsynligheten for mislighold og det faktiske grunnlaget for forventningen

5.1.1 Problemstillingene og bakgrunnen for disse

Kjøpslovgivningen gir adgang til å heve kontrakten utelukkende på grunnlag av en forventning om kontraktsbrudd. Heving kan enten skje som et supplement i forlengelsen av, eller som et alternativ til, utøvelse av de midlertidige stansingsbeføyelsene. Hevingsadgangen er imidlertid underlagt andre og gjennomgående strengere vilkår enn adgangen til å gjøre gjeldende de mindre vidtrekkende stansingsbeføyelsene. Siktemålet i det følgende blir å peke på forskjellene mellom hevings- og stansingsvilkårene.

Hovedproblemstillingen er hvilke krav som stilles til sannsynligheten for det ventede kontraktsbrudd, altså hvilke beviskrav som gjelder. Dette reiser spørsmål om hvor stor sannsynlighet som kreves for at kontraktsbrudd vil inntre. Videre om hva slags norm som skal legges til grunn ved sannsynlighetsvurderingen, og tidspunktet for denne.

En annen problemstilling gjelder det faktiske grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd. Spørsmålet er om det også her gjelder nærmere krav til hvilke faktiske holdepunkter som ligger til grunn for kontraktbruddsforventningen.

5.1.2 Sannsynligheten for kontraktsbrudd

Kjøpsloven § 62 hjemler hevingsrett ved forventet kontraktsbrudd. Bestemmelsens første ledd, første pkt. fastslår vilkårene for denne retten: ”Er det før tiden for

oppfyllelse klart at det vil inntre kontraktbrudd som vil gi en part hevingsrett, kan han heve kjøpet allerede før tiden for oppfyllelse.”

5.1.2.1 Kravet til en viss sannsynlighet

Hvor stor sannsynlighet for kontraksbrudd som kreves, fastlegges ved ordene: ”... klart at det vil inntre kontraksbrudd ...”. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at sannsynlighetskravet her er strengt, og at det kreves meget stor sannsynlighet for kontraksbrudd. Etter ordlyden er det åpent hvorvidt bestemmelsen krever at det med sikkerhet eller tilnærmet sikkerhet skal kunne fastslås at kontraksbrudd vil inntre, eller om det er tilstrekkelig med en noe lavere sannsynlighetsgrad enn dette.

Som nevnt ovenfor i pkt. 4.1.3.1 må stansings- og hevingsbestemmelsen ses i sammenheng. Hevingsbestemmelsen i kjøpsloven § 62 må derfor tolkes mot stansingsbestemmelsen i § 61. Sistnevnte angir som vi har sett sannsynlighetskravene ved uttrykkene ”framgår” og ”viser ... seg”, og krever at det foreligger en høy grad av sannsynlighet for kontraksbrudd.

Når bestemmelsene leses i sammenheng fremgår det at de oppstiller ulike krav til sannsynligheten, og at § 62 oppstiller et strengere sannsynlighetskrav enn § 61. Dette er også uttrykkelig fremholdt i forarbeidene til § 62. Den nordiske arbeidsgruppen for kjøpslovgivning oppstilte i sin utredning, NU 1984:5, en regel om hevingsrett ved forventet kontraksbrudd i § 66. Arbeidsgruppen uttalte følgende om forholdet mellom hevings- og stansingsbestemmelsen i § 65:

”Det är naturligt att kraven här [i § 66] måste ställas högre än enligt 65 § första stycket, som gäller partens rätt att hålla inne sin prestation på grund av ett befarat avtalsbrott från motpartens sida. Innehållandet av prestationen är ju ofta en första åtgärd som sedan följs av hävning ...”. (Min tilføyelse.)¹⁹³

¹⁹³ NU 1984:5, s. 343.

I Ot. prp. nr. 80 (1986-87) uttales: ”Det kreves altså større sannsynlighet her [i § 62] enn i forhold til § 61 om rett til å innstille oppfyllelsen.” (min tilføyelse).¹⁹⁴ Sannsynlighetskravene reflekterer med dette alvoret i og rekkevidden av beføyelsene som gjøres gjeldende, og er derfor vel begrunnet i reelle hensyn.

Når det legges til grunn at § 61 krever en høy grad av sannsynlighet, og videre at sannsynlighetskravet er strengere etter § 62 enn etter § 61, innebærer dette at hevingsbestemmelsen i § 62 krever en særlig kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Sannsynlighetskravet ved heving av kontrakten ble drøftet under forberedelsene av kjøpsloven. I kjøpslovutvalgets utredning NOU 1976:34 ble det foreslått en regel i § 21, femte ledd med ordlyden: ”Fremgår det av selgerens erklæring eller er det ellers klart at det vil inntre forsinkelse som vil gi rett til å heve, kan kjøperen heve straks.”¹⁹⁵ Sannsynlighetskravet ble kommentert på følgende måte av utvalget:

”... vilkåret for hevning må være at kjøperen har grunn til å være sikker i sin sak. Almén ... krever ”objektiv visshet eller til visshet gränsande sannolikhet” for at leveringen vil utebli eller bli vesentlig forsinket. Utkastet går ikke fullt så langt. Hvis selgeren selv erklærer at det vil inntre en forsinkelse som gir rett til å heve, må kjøperen ha rett til å legge dette til grunn. Men utkastet likestiller hermed at dette ”ellers er klart”. ”¹⁹⁶

¹⁹⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

¹⁹⁵ NOU 1976:34, s. 93.

¹⁹⁶ Op. cit. s. 58.

Videre ble det foreslått en regel i § 28, sjette ledd: ”Fremgår det av kjøperens erklæring eller er det ellers klart at det vil inntre forsinkelse som gir rett til å heve, kan selgeren straks heve kjøpet.”¹⁹⁷ Kjøpslovutvalget kommenterte bestemmelsen slik:

”Hvis kjøpesummen ikke allerede er betalt, og kjøperen nekter å motta varen, kan dette likevel etter omstendighetene være et mislighold, ... som en foregrepet (antesipert) betalingsvegring. Hvis kjøperen unnlater å hente eller utta varen, å sende spesifikasjon m.v., vil det ofte være et varsel om at han ikke vil betale, og den nevnte unnlatelse har derfor til dels vært oppfattet som unnlatelse av å treffe ”foranstaltning, hvorpaa kjøbesummens betaling beror” ... Det forutsettes da at betalingstiden er avhengig av slik foranstaltning. ... § 28 sjette ledd gir hjemmel for samme resultat, når kjøperens forhold (unnlatelse) må tolkes slik at han vil nekte å betale.”¹⁹⁸

Også etter kjøpslovutvalgets forslag var sannsynlighetskriteriet at det var ”klart” at det ville inntre hevingsbetingende kontraktsbrudd. Lovutvalgets uttalelser er derfor interessante når de gir uttrykk for at utkastet ikke går så langt som til å kreve objektiv sikkerhet eller til sikkerhet grensende sannsynlighet. Etter utkastet kan det således være klart at kontraktsbrudd vil inntre i lovens forstand, selv om det verken er sikkert eller tilnærmet sikkert at dette vil skje. Det ser ut til at utvalget åpner for at kjøpet kan heves selv om det foreligger større usikkerhet knyttet til den fremtidige utviklingen i kontraktsforholdet enn hva som tidligere ville blitt godtatt ved heving. Utvalget synes dermed å ta til orde for en lemping av kravene i forhold til den eldre rettsoppfatning.

Som nevnt må det, selv om NOU 1976:34 utgjør en del av bakgrunns materialet for kjøpsloven,¹⁹⁹ tas i betraktning at det videre lovarbeidet ble sterkt påvirket av vedtakelsen av FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp i 1980. Med utgangspunkt i konvensjonen ble NU 1984:5 utarbeidet, og både konvensjonen og den

¹⁹⁷ NOU 1976:34, s. 94.

¹⁹⁸ Op. cit. s. 66.

nordiske utredningen sto sentralt i det videre arbeidet med kjøpsloven. Det kan derfor ikke uten videre legges avgjørende vekt på kjøpslovutvalgets uttalelser slik disse er referert ovenfor. Spørsmålet om forholdet mellom den nye formuleringen av sannsynlighetskriteriet og den tradisjonelle rettsoppfatningen må søkes belyst ved de videre lovforarbeider, og ikke minst konvensjonens bestemmelse om heving ved antasipert mislighold.

I den nordiske arbeidsgruppen for kjøpslovgivning sin utredning NU 1984:5, ble sannsynlighetsvilkåret i hevingsbestemmelsen i § 66 omtalt slik:

”Hävning på grund av denna paragraf förutsätter att det står klart att ett avtalsbrott kommer att inträffa. Det krävs altså en hög grad av sannolikhet innan hävning kan komma i fråga på grund av ett avtalsbrott som ännu inte fullbordats...”²⁰⁰

Justisdepartementet fremhever i Ot.prp. nr. 80 (1986-87) at ”Kravet til sannsynlighet er sterkt, jfr. uttrykket ”klart”.”²⁰¹

Samlet sett bekrefter forarbeidene at hevingsadgangen er underlagt et strengt krav ved at det må foreligge en høy grad av sannsynlighet for at kontraktsbrudd vil inntre. Nærmere veiledning er det imidlertid vanskelig å finne i forarbeidene. Særlig på bakgrunn av uttalelsene i NOU 1976:34 er det usikkert hvordan lovens formulering av sannsynlighetskriteriet forholder seg til den eldre forståelsen av beviskravet.

Kjøpsloven § 62 svarer til CISG artikkel 72. Sistnevnte fastslår i første ledd følgende om hevingsretten: ”If prior to the date for performance of the contract it is clear that one

¹⁹⁹ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 3.

²⁰⁰ NU 1984:5, s. 343.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.”

Sannsynlighetskravet kan utledes av formuleringen “it is clear”, i den sidestilte franske versjonen “il est manifeste”. Også etter konvensjonen må det være klart at kontraktsbrudd vil inntre.²⁰² En naturlig forståelse av ordlyden, både den engelske og kanskje særlig den franske versjonen, tilsier at det kreves en svært høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd. Leser i Schlechtriem uttaler om sannsynlighetskravet at: “... there must nevertheless be a very high degree of probability, an obvious risk that is evident to persons generally.”²⁰³

Konvensjonens hevings- og stansingsbestemmelse må leses i sammenheng. Artikkel 71 om stansing angir som vi har sett sannsynlighetskravene ved uttrykkene “becomes apparent” og “become evident”, og krever dermed høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd. Som kjøpslovens bestemmelser oppstiller også konvensjonen ulike krav til sannsynligheten, og hevingsbestemmelsen har et strengere sannsynlighetskrav enn bestemmelsen om stansing. Sammenhengen mellom bestemmelsene bekrefter at det for å heve kjøpet kreves en særlig høy grad av sannsynlighet. På den annen side kan konvensjonsbestemmelsen ikke forstås slik at den krever faktisk sikkerhet med hensyn til et kommende kontraktsbrudd.²⁰⁴ En slik forståelse ville nær frata bestemmelsen dens praktiske betydning.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts artikkel 7.3.3 omhandler antesipert mislighold, og fastslår følgende: “Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.” Bestemmelsen svarer innholdsmessig til CISG artikkel 72, første ledd. Også her er hevingsadgangen underlagt et strengt beviskrav, angitt ved uttrykket “clear”. I kommentaren sies det:

²⁰² Bergem, Rognlien, 1995, s. 589.

²⁰³ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536.

”It is a requirement that it be clear that there will be non-performance; a suspicion, even a well-founded one, is not sufficient. ... An example of anticipatory non-performance is the case where one party declares that it will not perform the contract; however, the circumstances also may indicate that there will be a fundamental non-performance.”

Principles of European Contract Law, PECL, artikkel 9:304 oppstiller for antesipert mislighold en regel med tilnærmet identisk ordlyd som UNIDROIT Principles artikkel 7.3.3. Illustrerende for det strenge beviskravet er beskrivelsen av det forventede kontraktsbrudd som berettiger heving av kontrakten: ”’anticipatory non-performance’, by which is meant an obvious unwillingness or inability to perform ...” Beviskravet kommenteres videre slik:

“In order for this Article to apply it must be clear that a party is not willing or able to perform at the due date. If its behaviour merely engenders doubt as to its willingness or ability to perform the other party’s remedy is to demand an assurance of performance under Article 8:105.”

Av dette følger at beviskravet, i alle fall som et utgangspunkt, er like strengt etter PECL som etter UNIDROIT Principles og CISG.

Bestemmelsene om heving ved antesipert mislighold i UNIDROIT principles og PECL er som påpekt ovenfor under pkt. 1.3, ikke folkerettslig bindende, men anbefalte løsninger særlig for internasjonale kontraktsforhold. Bestemmelsene kan imidlertid også få internrettslig betydning, fordi de gir uttrykk for en internasjonal oppfatning av prinsippene for heving ved forventet kontraktsbrudd, og kan være tolkingsfaktorer ved fastleggelsen av CISG og kjøpsloven. Hevingsbestemmelsene i UNIDROIT og PECL

²⁰⁴ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536.

understreker at det strenge beviskravet innebærer at selv en velbegrunnet mistanke om kontraktsbrudd eller tvil om medkontrahentens evne eller vilje til kontraktsmessig oppfyllelse, ikke er tilstrekkelig til å begrunne heving.

PECL artikkel 8:105 oppstiller en alternativ prosedyre for tilfeller der det er grunn til å tvile på medkontrahentens videre oppfyllelse, men der det ikke er tilstrekkelig klart at kontraktsbrudd vil inntre til at artikkel 9:304 får anvendelse. Artikkel 8:105, første ledd fastslår at:

”A party which reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance ...”.

Artikkelens annet ledd fortsetter:

”Where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party and gives notice of termination without delay.”

Denne ekstraordinære hevingsadgangen kommenteres slik:

“If the aggrieved party does not receive adequate assurance of performance and still believes on reasonable grounds that performance will not be forthcoming, it may terminate the contract. The other party’s failure to give the assurance requested is itself treated as a fundamental non-performance, giving the aggrieved party the right to terminate the contract and also a right to damages ...”.

Denne prosedyren gir anledning til å heve kontrakten der en part har rimelig grunn til å anta at vesentlig kontraktsbrudd vil inntre på medkontrahentens side. Heving på dette grunnlaget forutsetter riktignok at et forutgående krav om sikkerhetsstillelse er fremsatt overfor medkontrahenten uten at sikkerhet er fremskaffet innen rimelig tid. Den manglende sikkerhetsstillelsen sanksjoneres som et inntrådt vesentlig mislighold, og gir den utsatte parten hevingsrett og rett til erstatning. Prosedyren innebærer i realiteten at beviskravet for å heve kontrakten på grunnlag av forventet mislighold er et annet og lavere etter PECL enn etter kjøpsloven, CISG og UNIDROIT.

Artikkel 8:105, første ledd gir i tillegg til rett til å avkreve medkontrahenten sikkerhet for oppfyllelse av kontrakten, en midlertidig stansingsrett. Dersom medkontrahenten ikke stiller sikkerhet innen rimelig tid, konverteres stansingsretten til en hevingsrett. Situasjonen er ikke ulik den som foreligger der en kontraktspart gjør gjeldende stansingsbeføyelser og varsler medkontrahenten om dette etter kjøpsloven § 61, jfr. CISG artikkel 71, men hvor den andre parten til tross for dette ikke svarer med å stille sikkerhet for sin fremtidige oppfyllelse. Beviskravene er imidlertid ulike etter de forskjellige regelsett. I sistnevnte tilfelle har parten stansingsretten i behold, men verken kjøpsloven § 61 eller CISG artikkel 71 gir anvisning på at stansingsbeføyelsen kan avløses av en heving av kjøpet.²⁰⁵ Hvorvidt kjøpet også kan heves må avgjøres på selvstendig grunnlag med utgangspunkt i hevingsbestemmelsene i kjøpsloven § 62, jfr. CISG artikkel 72.²⁰⁶ Dette innebærer at de ordinære hevingsvilkårene, herunder beviskravet, må være tilfredstilt for at kjøpet skal kunne heves. Selv om den andre partens unnlatelse av å stille sikkerhet til tross for at han møtes med en stansingsbeføyelse og er varslet om dette, styrker mistanken om at kontraktsbrudd vil inntre, må det foretas en ny og uavhengig vurdering av hvorvidt det nå er klart at kontraktsbrudd vil inntre.

Hevingsprosedyren etter PECL artikkel 8:105 er så spesiell, og avviker særlig med hensyn til beviskravet så markant fra de øvrige bestemmelser om heving ved antepert mislighold, at prosedyren neppe har overføringsverdi til de lov- og konvensjonsregulerte kontraktsforhold.

²⁰⁵ Dette er fremholdt av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 531 i tilknytning til CISG artikkel 71, og må gjelde tilsvarende etter kjl. § 61.

Kjøpslovens bestemmelse om heving ved antesipert mislighold må forstås på bakgrunn av den tilsvarende bestemmelsen i FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp. Også UNIDROIT Principles og PECL kan bidra til den nærmere forståelsen av spørsmålene vi her står overfor. Det må derfor legges til grunn at sannsynlighetskravet er svært strengt, og at det må kreves en svært høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd for at det skal være anledning til å heve kjøpet. På den annen side kan det ikke legges til grunn et krav om sikkerhet for at kontraktsbrudd vil inntre.

Et spørsmål er om sannsynlighetskravet slik dette fremkommer i kjøpsloven § 62 og konvensjonens artikkel 72, reelt sett er at annet og lempeligere enn det svært strenge kravet som tidligere ble lagt til grunn i norsk rett.

Kjøpsloven av 1907 inneholdt en fragmentarisk regulering av spørsmålet om heving ved antesipert mislighold. Lovens § 39 oppstilte blant annet hevingsrett for kredittselgeren der det på grunn av kjøperens økonomiske forhold var grunn til å vente at han ikke ville være i stand til å betale kjøpesummen ved forfall. Bestemmelsens annet ledd satte som et vilkår for hevingsretten: ”... at det maa antages, at han [kjøperen] vil være ude af stand til at betale kjøbesummen, naar den forfalder.” (Min tilføyelse). Bestemmelsen ble tolket slik at den krevde en meget høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd. Almén formulerte beviskravet for heving ved antesipert mora som et krav om ”... objektiv *visshet* eller till *visshet* gränsande sannolikhet ...”.²⁰⁷ Denne forståelsen ble også lagt til grunn i norsk rettsteori. Augdahl uttrykte for eksempel beviskravet som et krav om: ”... en meget høi grad av sannsynlighet ...: fare – en sannsynlighet som ligger nær vissheten ...”.²⁰⁸ Også utenfor de lovregulerte tilfellene ble det i stor utstrekning lagt til grunn et

²⁰⁶ Dette er fremholdt av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 531 i tilknytning til CISG artikkel 72, og må gjelde tilsvarende etter kjl. § 62.

²⁰⁷ Almén, 1960, s. 220.

²⁰⁸ Augdahl, 1984, s. 281.

tilsvarende strengt beviskrav for heving ved forventet mislighold av pengeforpliktelser.²⁰⁹

I rettsteorien hevder Hellner under henvisning til endringene i den rettslige reguleringen av antesipert mislighold, som i det vesentlige er de samme etter svensk og norsk rett, at: ”Förutsättningarna för hevning är gynnsammare för part som vill häva avtalet än enligt äldre rätt.”²¹⁰

Som vi har sett, er det sentrale sannsynlighetskriterium etter så vel kjøpsloven som CISG at det er klart at kontraktsbrudd vil inntre. Selv om formuleringen av beviskravet er annerledes enn tidligere, kreves som vi har sett ovenfor fremdeles en svært høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd. Det kan derfor ikke ses at beviskravet slik det nå er formulert er lempeligere enn etter den tidligere rettstilstand, da det krevdes mot sikkerhet grensende sannsynlighet, men altså ikke full sikkerhet, for at kontraktsbrudd ville inntre.²¹¹

Spørsmålet om heving av et kontraktsforhold på grunnlag av antesipert mislighold, herunder spørsmål knyttet til beviskravet ved slik heving, synes ikke å ha vært hyppig forelagt domstolene. Det foreligger imidlertid en høyesterettsdom, inntatt i Rt. 1987 s. 1205, som inneholder en uttalelse om beviskravet ved antesipert mislighold. I saken var en hotelleiendom overdratt, hvorpå selgeren blant annet gjorde gjeldende at hun måtte anses ubundet på grunn av antesipert mislighold. Høyesterett antok at det neppe var materiell adgang til å bringe spørsmålet om antesipert mislighold inn på det sene tidspunkt det her var gjort, men uttalte likevel følgende: ”... under enhver omstendighet måtte det kreves særdeles sterkt bevis for at Stenberg virkelig var ute av stand til å betale.” Uttalelsen er knyttet til det konkrete saksforholdet, men har likevel generell interesse ved at Høyesterett selv formulerer beviskravet for heving, et beviskrav som bekrefter at retten legger en svært streng forståelse til grunn. Retten antok at til-

²⁰⁹ Augdahl, 1984, s. 281.

²¹⁰ Hellner, 1996, s. 102.

strekkelig bevis knyttet til kjøperens svake økonomiske stilling ikke var ført. Det var ikke tilstrekkelig for selgeren å vise at kjøperen på tidspunktet for overdragelsen hadde opplyst å skulle finansiere kjøpet ved salg av et bestemt hus, og at dette salget ikke senere var blitt gjennomført.

I høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1924 s. 1056, var spørsmålet om kjøperen hadde rett til å heve en avtale om tilvirkning og levering av kjeleplater på grunn av antesipert mislighold fra selgerens side. Rettens flertall la til grunn at selgeren ved uttrykkelig og utvetydig å gi til kjenne at tilvirkningen ikke ville kunne bli ferdig i tide, hadde gitt kjøperen tilstrekkelig grunnlag for å heve avtalen på grunn av antesipert mora. I Rt. 1924 s. 1199 hadde kjøperen uttrykkelig og entydig gitt uttrykk for at han ikke ville betale kjøpesummen slik denne skulle beregnes etter salgsavtalen, hvilket ga selgeren rett til å heve kontrakten på grunnlag av antesipert betalingsmislighold. Dommene er avsagt før den gjeldende kjøpslov og FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp, og gjelder dessuten nokså klare tilfeller av antesipert mislighold. De har derfor begrenset verdi for forståelsen av beviskravet etter kjøpsloven § 62, jfr. CISG artikkel 72. Imidlertid gir avgjørelsene typiske eksempler på tilfeller hvor en parts egen erklæring om at han ikke evner eller ønsker å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten, gir grunnlag for en forventning om at mislighold vil inntre. Også etter gjeldende kjøpslov ville nok de i dommene omhandlede erklæringer ganske klart tilfredsstilt beviskravet.²¹²

Voldgiftsdommen inntatt i ND 1994 s. 188 (enevoldgiftsdommer høyesterettsadvokat Georg Scheel) gjelder spørsmålet om heving av et tidscerteparti. Befrakterens aktuelle mislighold i form av manglende innbetaling av hyre og øvrige krav, samt brudd på certepartiets bestemmelser om å holde cateringpersonell, ble ikke ansett tilstrekkelig til at det forelå vesentlig, hevingsbetingende mislighold. Voldgiftsretten reiste imidlertid spørsmålet om certepartiet kunne heves på grunnlag av antesipert mislighold. Retten konstaterte, under henvisning til blant annet kjøpsloven § 62, at ”Vilkårene for å kunne heve en kontrakt under henvisning til antesipert mislighold er strenge ...”. Retten fant at det inntrufne mislighold ”meget sterkt” indikerte at befrakteren heller ikke ville være i stand til å oppfylle certepartiet i fremtiden. Befrakterens manglende betaling av hyren og andre uoppgjorte poster samt manglende oppgjør til cateringmannskapet gjorde det etter rettens mening ”... svært sannsynlig at befrakteren ikke ville kunne oppfylle sine

²¹¹ Forutsetningsvis også Hagstrøm, 2003, s. 593.

²¹² Nærmere om en parts erklæring om ikke-oppfyllelse, nedenfor i pkt. 5.1.2.2.

forpliktelser i henhold til certepartiet.” Det ble i denne sammenheng pekt på at befrakteren for å oppfylle kontraktsmessig måtte sørge for å opprettholde den stilte bankgaranti med det opprinnelige beløp, etter at det nå var trukket på denne, betale ny hyre allerede en uke etter hevingstidspunktet, og videre skaffe nødvendig catering-besetning. Retten viste videre til at befrakteren på hevingstidspunktet ”... åpenbart [var] i store økonomiske vanskeligheter.” (Min tilføyelse.) Blant annet var en avtalt refinansiering ikke mulig å gjennomføre, og alternative måter å fremskaffe nødvendig kapital på syntes ikke å foreligge. På bakgrunn av en samlet vurdering av befrakterens økonomi og aktuelle mislighold fant retten derfor at ”... det ikke var noen realistisk mulighet for befrakter ... å oppfylle certepartiforpliktelsene.” Selv om dommen gjelder heving av et certeparti og ikke en kjøpsavtale, anvender voldgiftsretten alminnelige kontraktsrettslige prinsipper for heving ved antesipert mislighold som bygger på kjøpslovens regler om dette. Av den grunn er dommens uttalelser knyttet til sannsynlighetsvurderingen illustrerende også for det strenge beviskravet etter kjøpsloven § 62.

Spørsmål om beviskravet for heving ved antesipert mislighold har ved enkelte anledninger vært oppe for lagmannsrettene. Dommene gir eksempler på hvordan det strenge beviskravet i kjøpsloven § 62 praktiseres, og er egnet til å illustrere den nære sammenhengen mellom det faktiske grunnlaget for kontraktbruddsforventningen og sannsynligheten for kontraktbrudd. Den første dommen omhandler en avtale om flere leveranser. Når det påberopte misligholdet av den første leveransen i seg selv ikke er tilstrekkelig til å heve avtalen, oppstår spørsmålet om heving på grunnlag av antesipert mislighold av den andre leveransen. Den andre dommen gjelder en lignende situasjon, nemlig der to likeartede avtaler inngås, og leveringen etter den første avtalen deretter misligholdes, hvorpå også den andre avtalen heves under påberopelse av antesipert mislighold.

I en sak for Hålogaland lagmannsrett, LF-1999-00385, var avtaler om salg og levering av tørrfisk mellom en norsk tørrfiskleverandør og to italienske kjøpere hevet av selgeren på grunn av forsinkelser med sikkerhetsstillelsene for betaling for første leveranse og antesipert mislighold av annen leveranse. Retten vurderte om det var grunnlag for å heve kontraktene med hjemmel i kjøpsloven § 62, og la til grunn at det for å heve kjøpet

på grunnlag av forventet kontraktsbrudd, må kreves "... sterk grad av sannsynlighet ...". Retten fant ikke at de påberopte forsinkede sikkerhetsstillelsene for de første leveransene, som i alle tilfelle ikke innebar vesentlig mislighold av avtalene, var tilstrekkelige til at selgeren kunne anses å ha sannsynliggjort antesipert mislighold av sikkerhetsstillelsen for de senere leveransene.

I Borgarting lagmannsretts dom, LB-2001-02931, som ble anket, men nektet fremmet for Høyesterett med hjemmel i tvistemålsloven²¹³ § 373, tredje ledd, nr. 2 og nr. 4, jfr. HR-2002-01630-1, var det inngått avtale om kjøp av dameklær. Kjøper hadde i august 1998 inngitt to ordrer; 14. august ble det bestilt en leveranse i november 1998, mens det 31. august ble bestilt en leveranse i mars 1999. Etter at den første leveransen var mottatt, men før tidspunktet for den andre leveransen, hevet kjøper begge leveransene. Retten la til grunn at det forelå flere feil og mangler ved den første leveransen, og at disse representerte vesentlig kontraktsbrudd. Det var imidlertid ikke reklamert i tide, slik at hevingsretten var tapt. Spørsmålet for retten var deretter hvorvidt det på hevings-tidspunktet forelå grunnlag for å heve den andre leveransen. Retten la til grunn at det ikke var tale om en kjøpsavtale med to del-leveranser slik at kjøpsloven § 44 kunne få anvendelse. Spørsmålet var derfor om kjøper kunne heve den andre leveransen på grunnlag av antesipert mislighold etter kjøpsloven § 62. Retten konstaterte at sannsynlighetskravet er sterkt. Ettersom det på hevingstidspunktet ikke forelå opplysninger som direkte knyttet seg til mars-leveransen, var spørsmålet hvorvidt det ved bevisvurderingen var anledning til å trekke inn kjøperens tidligere erfaringer med selgeren, og i så fall hvilken betydning disse erfaringene skulle tillegges. Retten synes å forutsette at kjøperens erfaring med selgeren generelt, og spesielt erfaringen fra november-leveransen, var relevant ved vurderingen av om det forelå antesipert mislighold av mars-leveransen. For å heve avtalen på grunnlag av antesipert mislighold av den andre leveransen, måtte kjøperen etter rettens mening ha klargjort at det på grunn av manglene ved den første leveransen var en konkret risiko for at også den andre leveransen ville bli vesentlig misligholdt. Det ville derfor være av betydning hva årsaken til manglene ved den første leveransen var, for eksempel om det dreide seg om mangler oppstått hos stoffprodusenten, i systuen, ved pakkingen eller for øvrig som følge av selgerens manglende kontroll, og hvor stor gjentakelsesrisikoen var. Retten fant

²¹³ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6.

ikke at kjøperen hadde klargjort en slik sammenheng. Det ble ikke ansett tilstrekkelig bare å vise til manglene ved den forrige leveransen.

To dommer omhandler beviskravet hvor grunnlaget for kontraktbruddsforventingen er en kontraktsparts handlinger eller uttalelser etter avtaleinngåelsen. I en sak for Borgarting lagmannsrett, LB-2000-02378, var en avtale om overdragelse av en eiendom hevet av selgeren. Rettsspørsmålene ble løst med utgangspunkt i avhendingslova, men for spørsmålet om beviskravet ved heving er dette uten betydning.²¹⁴ Retten la til grunn at det forelå vesentlig mislighold av den opprinnelige avtalen ved at kjøperne nektet å medvirke til gjennomføringen av denne. Det sentrale her er imidlertid at retten også fant at kjøpernes opptreden hadde gjort det klart at disse ville gjøre seg skyldige i vesentlig mislighold ved utløpet av en tilleggsfrist som selgeren hadde satt. Retten la vekt på kjøpernes opptreden ved å nekte å medvirke til gjennomføringen av overdragelsen på de avtalte vilkår. Kjøperne nektet å underskrive kontrakten, gav uttrykk for at overtakelse på det opprinnelig avtalte tidspunktet ikke kunne skje og betalte heller ikke håndpenger til avtalt tid. Som begrunnelse for ikke å undertegne kontrakten ble det vist til finansieringsproblemer. Etter rettens mening skapte denne begrunnelsen usikkerhet om hvorvidt og eventuelt når kjøperne ville medvirke til oppfyllelse av kontrakten.

Borgarting lagmannsretts dom, LB-2000-02491, gjaldt en kontrakt om oppføring og levering av et hotell. Brygga Hotell AS inngikk avtale med Choice Hotels Scandinavia ASA om salg av et hotell, og forpliktet seg til å oppføre og levere et ferdigstilt og komplett innredet hotell av bestemt standard. Choice skulle på sin side betale halvparten av kjøpesummen terminvis under oppføringen og det resterende ved overtakelsen av hotellet. Kontrakten ble senere hevet av Choice under påberopelse av antesipert mislighold fra Bryggas side. Retten konstaterte at verken kjøpsloven eller avhendingslova fikk direkte anvendelse på avtaleforholdet, og at spørsmålet om hevingsrett måtte avgjøres på grunnlag av alminnelig ulovfestet kontraktsrett. Retten viste likevel til kjøpsloven § 62 og avhendingslova § 6-2, som langt på vei måtte anses som en kodifisering av gjeldende alminnelig kontraktsrett på området. Det ble derfor antatt at

²¹⁴ Særlig om avhendingstilfellene nedenfor i pkt. 5.1.4.

det for å heve på grunnlag av antesipert mislighold måtte være klart at hevingsbetingende kontraktsbrudd ville inntre. Avgjørende var hvorvidt det på hevings-
tidspunktet var klart at Brygga ikke ville oppfylle avtalen for kontraktssummen. Retten
viste til en telefaks fra Bryggas advokat sendt til Choice sin advokat, der det ble gjort
gjeldende at kjøpesummen måtte oppjusteres fra 45 til 51,7 millioner kroner, og at
dersom en slik oppjustering ikke ble godtatt ville Brygga måtte heve avtalen. Retten
fant at Brygga ved disse uttalelsene gjorde det klart at selskapet ikke ville oppfylle
avtalen dersom det ikke ble enighet om en høyere pris, og uttalte: ”Etter
lagmannsrettens mening er det ingen tvil om at det på dette tidspunkt forelå et klart
tilfelle av forventet mislighold som ga Choice rett til å heve avtalen ...”. Etter at Choice
mottok telefaksen innledet partene forhandlinger om revisjon av kontrakten, inntil
Choice på et senere tidspunkt hevet avtalen. Retten antok at den lange forhandlings-
perioden isolert sett kunne tilsi at det på hevingstidspunktet ikke lenger var klart at
Brygga ikke ville oppfylle til avtalt pris. Imidlertid la retten avgjørende vekt på at det
ikke var fremkommet konkrete opplysninger om at Brygga hadde skiftet syn, og at
utsagn under møter og korrespondanse mellom partene tilsa at Brygga fremdeles ikke
var villig til å oppfylle på de opprinnelige vilkår. Retten uttalte i denne forbindelse at
”Dersom Brygga i løpet av forhandlingsperioden virkelig hadde skiftet mening og var
villige til å levere til avtalt pris, måtte selskapet ha gjort dette klart overfor Choice.”
Retten konkluderte med at ”Slik situasjonen forelå på hevingstidspunktet var det etter
dette klart at det ville inntre et kontraktsbrudd som ville gi hevingsrett.”

5.1.2.2 Særlig om medkontrahentens erklæring om at han ikke vil oppfylle

Hevingsbestemmelsen i CISG er noe annerledes utformet enn den tilsvarende
bestemmelsen i kjøpsloven, ved at CISG artikkel 72, tredje ledd inneholder en særregel
som ikke gjenfinnes i kjøpsloven § 62. Konvensjonen artikkel 72, tredje ledd fastslår at:
”The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has
declared that he will not perform his obligations.” Det fastslås at bestemmelsene i
artikkelens annet ledd om forhåndsvarsling av medkontrahenten og mulighet for
sikkerhetsstillelse, ikke får anvendelse dersom medkontrahenten har erklært at han ikke
vil oppfylle sine kontraktsforpliktelser.

CISG artikkel 72, første og tredje ledd er i rettsteorien forstått slik at de oppstiller to alternative hevingsgrunnlag.²¹⁵ For det første hvor det på generelt grunnlag fremstår som klart at vesentlig kontraktsbrudd vil inntre, og kontrakten derfor heves etter bestemmelsens første ledd. For det andre hvor medkontrahenten erklærer at han ikke vil oppfylle sine kontraktsmessige forpliktelser, og kontrakten på dette særlige grunnlaget heves etter bestemmelsens første, jfr. tredje ledd.

Sondringen mellom de to grunnlagene for heving eksisterer ikke i kjøpsloven. Etter loven er begge hevingsgrunnlagene underlagt de samme regler i § 62. Hvilken rettslig betydning forskjellen har må vurderes i forhold til hvert enkelt hevingsvilkår.

Om CISG artikkel 72, tredje ledd er det antatt at hvor en part i fullt alvor og på en uttrykkelig og entydig måte erklærer at han ikke kommer til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser, er erklæringen i seg selv tilstrekkelig til å vise at det er klart at kontraktsbrudd vil inntre, slik at sannsynlighetskravet i artikkel 72, første ledd anses oppfylt. Ytterligere vurdering av sannsynligheten for at kontraktsbrudd vil inntre er derfor ikke nødvendig.²¹⁶

Kjøpsloven § 62 nevner ikke uttrykkelig erklæringer om ikke-oppfyllelse, og det må derfor på vanlig måte vurderes om en slik erklæring gjør det klart at kontraktsbrudd vil inntre. Rent faktisk vil imidlertid en uttrykkelig og entydig erklæring om at en part ikke akter å oppfylle sine forpliktelser, gjøre det ”klart” at kontraktsbrudd vil inntre. Det vil også her være tilstrekkelig å konstatere at en slik erklæring er gitt, uten at sannsynligheten for kontraktsbrudd behøver vurderes ytterligere. Det antas derfor at ulikhetene i utformingen av konvensjonen og loven for beviskravets del, er uten praktisk betydning.

²¹⁵ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 534-535 med videre henvisninger.

²¹⁶ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 539-540 med videre henvisninger. Forutsetningsvis også Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 528.

En parts avvisning av sine kontraktsmessige forpliktelser kan imidlertid også komme mer indirekte og forbeholdent til uttrykk, og det kan da være uklart hvorvidt det overhodet er tale om en oppfyllelsesnektelse og eventuelt hva det nærmere innholdet i og rekkevidden av nektelsen er. Fraskrivningen av kontraktsforpliktelsene vil ofte skje i forbindelse med at en part uriktig gjør gjeldende at bindende avtale ikke er inngått eller at han ikke er bundet av avtalen fordi denne er beheftet med en ugyldighetsgrunn eller forutsetningsbrist. Oppfyllelsesnektelsen kan også fremkomme ved at en part urettmessig påberoper seg kontraktsbrudd på motpartens side eller krever avtalen revidert, for eksempel ved å kreve høyere pris eller lengre leveringstid enn avtalt. I disse tilfellene må det imidlertid vurderes konkret om partens nektelse av å oppfylle gjør det klart at kontraktsbrudd vil inntre, slik at sannsynlighetskravet i kjøpsloven § 62, første ledd og CISG artikkel 72, første ledd er oppfylt.

5.1.2.3 Normen for bevisvurderingen

Også her oppstår spørsmålet om hva slags norm som skal legges til grunn for sannsynlighetsvurderingen. Kjøpsloven § 62, første ledd fastslår som vi har sett at kontrakten kan heves der det er "... klart at det vil inntre kontraktsbrudd ...". I CISG artikkel 72, første ledd er formuleringen: "... clear that one of the parties will commit a ... breach of contract ...". Både lovens og konvensjonens ordlyd tilsier at sannsynlighetsvurderingen må være objektiv. På samme måte som for stansingsbeføyelsene, tilsier videre hevingsreglenes innhold og sammenhengen mellom sanksjonsreglene at en objektiv vurderingsnorm må legges til grunn. En objektiv norm er nødvendig for ikke å svekke betydningen av beviskravet som et grunnvilkår for å heve, og for ikke å undergrave nyanseringen av beviskravene for de ulike sanksjoner.²¹⁷

I forarbeidene til kjøpsloven § 62 fremholdes at det er den hevende parten som har risikoen for at hevingsvilkårene er oppfylt.²¹⁸ Det er med andre ord parten som ønsker å heve kontrakten som har risikoen for at forventningen om kontraktsbrudd er tilstrekkelig

²¹⁷ Jfr. ovenfor under pkt. 4.1.3.2, om normen for bevisvurderingen ved stansing.

²¹⁸ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

klar.²¹⁹ Dette er for øvrig i samsvar med den alminnelige regel i norsk rett om at man selv bærer risikoen for vurderingen av egen rettslig posisjon. Dette tilsier at en objektiv og ikke en subjektiv vurdering av sannsynligheten er avgjørende.

Som ved stansing må utgangspunktet for sannsynlighetsvurderingen tas i den objektive vurderingen en alminnelig fornuftig person i samme posisjon som kontraktspartene, og med kjennskap til de faktiske omstendigheter i kontraktsforholdet, ville foretatt.²²⁰ Det er videre situasjonen på hevingstidspunktet som er avgjørende for sannsynlighetsvurderingen.²²¹ Dette innebærer at hvor hevingsvilkårene er tilfredsstilt på hevings-
tidspunktet, er det uten betydning om den faktiske situasjonen deretter endrer seg slik at vilkårene for å heve ikke lenger er tilfredsstilt.

5.1.2.4 Tidspunktet for forventningen

Kjernen i det antasiperte mislighold er at kontraktsbruddet forventes å inntre på et senere tidspunkt. Forventningen om kontraktsbrudd må derfor oppstå før tidspunktet for den andre partens oppfyllelse av kontrakten. Dette fremgår også av ordlyden i bestemmelsene, jfr. formuleringene "... før tiden for oppfyllelse ..." i kjøpsloven § 62, første ledd og "... prior to the date for performance of the contract ..." i CISG artikkel 72, første ledd.

Etter ordlyden i kjøpsloven § 62 og CISG artikkel 72 oppstilles ikke noe uttrykkelig krav om at det først etter avtaleslutningen blir "klart" at kontraktsbrudd vil inntre. Hevingsbestemmelsene oppstiller altså ikke tilsvarende krav som stansingsbestemmelsene i kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71.²²² En forklaring på forskjellen kan være at stansingsbestemmelsene, i motsetning til bestemmelsene om heving, uttrykkelig regner opp holdepunktene for forventningen, og at det ved stansing derfor er

²¹⁹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 308.

²²⁰ Dette er fremhevet av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536 og 540 i tilknytning til sannsynlighetsvurderingen under CISG artikkel 72 og må gjelde tilsvarende for vurderingen under kjl. § 62.

²²¹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 308.

²²² Nærmere om tidspunktet for forventningen ved stansing, ovenfor i pkt. 4.1.3.3.

mer nærliggende å ha en uttrykkelig bestemmelse om tidspunktet for den subjektive forventningen om kontraktsbrudd basert på disse holdepunktene.

Imidlertid kan det faktum at ordlyden i hevingsbestemmelsene er taus på dette punkt ikke være avgjørende. Også ved heving må det kreves at kontraktbruddsforventningen først oppstår etter avtaleslutningen. Det må først etter at kjøpet er inngått, bli ”klart” at kontraktsbrudd vil inntre.

Følgende situasjon kan tenkes: A og B ønsker å inngå en kjøpsavtale. Allerede før avtalen er inngått viser det seg det at B ikke kommer til å oppfylle sine forpliktelser etter avtalen. For A synes det klart at vesentlig kontraktsbrudd vil inntre på Bs side. Det er helt upraktisk at A likevel skulle inngå avtalen med B for deretter å heve under påberopelse av antasert mislighold. Skulle A likevel inngå avtalen i en slik situasjon, må han med det anses å ha akseptert risikoen for kontraktsbrudd, og kan ikke heve avtalen under henvisning til antasert mislighold av denne.

De faktiske holdepunktene for å forvente kontraktsbrudd kan ha foreligget og kan også ha vært synbare for parten før avtaleslutningen, uten at det avskjærer hevingsadgangen.²²³ Det avgjørende er at det først etter avtaleinngåelsen blir ”klart” at kontraktsbrudd vil inntre.

5.1.3 Det faktiske grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd

Kravet om at det må være ”klart”, jfr. kjøpsloven § 62, første ledd, og ”clear” eller ”manifeste”, jfr. CISG artikkel 72, første ledd, at kontraktsbrudd vil inntre, innebærer ikke bare et krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd, men også et krav om at det foreligger faktiske omstendigheter som indikerer at kontraktsbrudd vil inntre.²²⁴ Kravet om svært stor sannsynlighet for kontraktsbrudd forutsetter jo samtidig et konkret faktisk grunnlag for forventningen.

²²³ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 535.

²²⁴ Dette er fremhevet av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 535 i tilknytning til sannsynlighetsvurderingen under CISG artikkel 72 og må gjelde tilsvarende for vurderingen under kjl. § 62.

Imidlertid inneholder verken kjøpsloven § 62 eller CISG artikkel 72 noen tilsvarende oppregning av bestemte faktiske holdepunkter som kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71. Hevingsretten er altså ikke avgrenset til kun å gjelde der årsaken til det ventede kontraktsbruddet er bestemte faktiske forhold, slik tilfellet er for stansingsbeføyelsene. For kjøpslovens del bekreftes dette i forarbeidene.²²⁵ Hevingsbestemmelsene begrenser dermed ikke bevistemaet på samme måte som stansingsbestemmelsene. Ved avgjørelsen av hvorvidt det i et konkret tilfelle er adgang til å heve kjøpet, vil det med andre ord være anledning til begrunne og understøtte kontraktbruddsforventningen med faktiske holdepunkter av enhver art. Ulikheten i bevistemaet for stansing og heving må som nevnt ovenfor i pkt. 4.1.4.1, ses i sammenheng med ulikhetene i sannsynlighetskravet.

I utgangspunktet kan altså forventningen om kontraktsbrudd bygge på faktiske holdepunkter av ethvert slag. I praksis vil antakelig holdepunktene ofte finnes blant de faktagrunnlag kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71 uttrykkelig regner opp. Dette har sammenheng med den vide og generelle utformingen faktagrunnlaget er gitt i disse bestemmelsene.^{226 227}

Selv om det ikke stilles krav til arten av de faktiske omstendigheter som kan ligge til grunn for misligholdsforventningen, følger det både av det strenge beviskravet og av at forventningen må gjelde hevingsbetingende mislighold, at faktagrunnlaget må være overbevisende. De faktiske forhold må som hovedregel være langt mer håndfaste og talende for å gi grunnlag for hevingsrett, enn hva som kreves der de utelukkende begrunner stansingsrett. Faktiske forhold som normalt vil være tilstrekkelige for å begrunne stansing, vil ikke nødvendigvis være tilstrekkelige for å begrunne hevingsrett. En kontraktparts konkurs er et eksempel på dette; det er ikke gitt at medkontrahentens konkurs gjør det klart at hevingsbetingende kontraktsbrudd kommer til å inntre.²²⁸

²²⁵ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

²²⁶ Sammenhengen mellom stansings- og hevingsbestemmelsene på dette punkt er for CISGs del fremhevet av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 535, og må gjelde tilsvarende for kjøpslovens regler.

²²⁷ Det vises derfor til det som er sagt om det faktiske grunnlaget for kontraktbruddsforventningen ved stansingsbeføyelsene, ovenfor under pkt. 4.14.

²²⁸ Ramberg, Herre, 2001, s. 461.

CISG artikkel 72, tredje ledd forutsetter som nevnt at medkontrahentens erklæring om at han ikke vil oppfylle alene kan danne grunnlag for å heve kjøpet. Noen ytterligere bevisførsel kreves ikke.²²⁹ Dette må gjelde tilsvarende etter kjøpsloven, selv om loven ikke uttrykkelig omtaler denne situasjonen. Også etter kjøpsloven § 62 må det faktum at medkontrahenten erklærer ikke å ville oppfylle sine forpliktelser, i seg selv kunne gjøre det tilstrekkelig ”klart” at kontraktsbrudd vil inntre.

5.1.4 Spesielt om avhending av fast eiendom

Også avhendingsloven oppstiller hevingsrett ved antesipert mislighold. Regelen finnes i avhendingsloven § 6-2, som i det vesentlige svarer til kjøpsloven § 62, første ledd. Samsvaret mellom bestemmelsene fremgår av så vel ordlyden som av forarbeidene til avhendingsloven.²³⁰

Avhendingsloven § 6-2 oppstiller vilkårene for hevingsretten, og fastslår om beviskravet: ”Er det før tida for oppfylling klart at avtala vil bli broten ...” Bestemmelsen svarer fullt ut til kjøpslovens formulering. I forarbeidene til bestemmelsen uttales om dette:

”Paragrafen byggjer på lausøyrekjøpslova § 62. ... Når det gjeld den nærare forståinga av paragrafen, vert dette det same som er sagt i Ot prp nr 80 (1986-87) s 113 om den tilsvarende føresagna i lausøyrekjøpslova § 62 fyrste ledd ...”.²³¹

Etter dette legges derfor til grunn at kjøps- og avhendingslovens regler for de spørsmål som her er drøftet, må forstås på samme måte.

²²⁹ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 539.

²³⁰ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 126.

²³¹ L.c.

5.2 Krav til arten og omfanget av det forventede mislighold

Et spørsmål som reiser seg også ved heving er hvilke krav som må stilles til innholdet i det forventede kontraktsbrudd, altså til arten og omfanget av dette.

Etter kjøpsloven § 62, første ledd er det et vilkår for å heve kontrakten at forventningen gjelder "... kontraktsbrudd som vil gi en part hevingsrett ...". Av kjøpslovens øvrige hevingsbestemmelser følger at dette innebærer at forventningen må gjelde et "vesentlig kontraktsbrudd", som også for øvrig oppfyller vilkårene for heving, jfr. kjøpsloven §§ 25, 26, 39, 54 og 55, sml. § 94. Tilsvarende gjelder etter avhendingsloven § 6-2, 1. pkt., jfr. §§ 4-3, 4-13 og 5-3. Ettersom vurderingstemaet er det samme som ved heving ved aktuelt mislighold, og ikke reiser spørsmål som er spesielle for det antesiperte mislighold, gis det her ingen nærmere behandling av spørsmålet.

5.3 Betydningen av sikkerhetsstillelse

5.3.1 Problemstillingen og bakgrunnen for denne

Problemstillingen tar utgangspunkt i kreditors rett til å heve kjøpet ved forventet kontraktsbrudd på debitors side, og gjelder betydningen av at debitor stiller sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse. Spørsmålet er om kreditors heving kan avverges ved at debitor stiller slik sikkerhet. Dersom dette er tilfellet oppstår spørsmålet om hvilke krav som må stilles til sikkerhetsstillelsen for at den skal ha slik avvergende virkning.

Der en part i et kjøpsforhold hever kontrakten på grunn av antesipert mislighold, vil på samme måte som der det bare er stansingsrett som gjøres gjeldende, det faktum at medkontrahenten stiller sikkerhet for sin fremtidige kontraktsmessige oppfyllelse være et nytt faktisk forhold som naturlig kan endre situasjonen og vurderingen av den.

5.3.2 Sikkerhetsstillelsens avvergende virkning

Kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. fastslår at: "Hevingen kan avverges dersom den annen part straks stiller betryggende sikkerhet for at kjøpet vil bli oppfylt." En kontraktsparts heving av kjøpet kan altså avverges ved at medkontrahenten stiller sikkerhet for sin oppfyllelse av avtalen.

CISG artikkel 72 inneholder ingen helt tilsvarende bestemmelse. Artikkel 72, annet ledd fastslår imidlertid:

“If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.”

Selv om bestemmelsen primært omhandler innholdet av den hevende parts varslingsplikt, gir den samtidig uttrykk for at den andre parten skal gis anledning til å skaffe ”...adequate assurance of his performance ...”. En forutsetning må da være at der slik sikkerhet stilles, altså der medkontrahenten stiller tilstrekkelig sikkerhet for sin kontraktsmessige oppfyllelse, må dette avverge heving av kjøpet.²³² I motsatt fall ville bestemmelsen om sikkerhetsstillelse vært meningsløs. Med hensyn til sikkerhetsstillelsens hevingsavvergende virkning er det derfor ingen realitetsforskjell mellom loven og konvensjonen.

Regelen om at kjøpet ikke kan heves dersom medkontrahenten stiller betryggende sikkerhet, kan sies å følge allerede av § 62, første ledd, første pkt. og CISG artikkel 72, første ledd. Det grunnleggende sannsynlighetsvilkåret er i disse tilfeller ikke lenger tilfredsstilt. Der medkontrahenten har stilt betryggende sikkerhet er det ikke lenger klart at kontraktsbrudd vil inntre. Regelen om at sikkerhetsstillelse avverger heving, slik den uttrykkelig fastslås i kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. og mer forutsetningsvis i CISG artikkel 72, annet ledd, er derfor kun en presisering av det som allerede følger av de ordinære vilkårene for heving ved antesipert mislighold.

²³² Bergem, Rognlien, 1995, s. 590. Se også Leser i Schlechtriem, 1998, s. 537-538.

5.3.3 Kravene til sikkerhetsstillelsen

Det følger av kjøpsloven og CISG at sikkerhetsstillelsen må tilfredsstille visse krav for å kunne avverge heving av kjøpet. Kravene knytter seg dels til tidspunktet for og dels til innholdet av sikkerhetsstillelsen.

5.3.3.1 Tidspunktet for sikkerhetsstillelsen

Kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. synes å ta utgangspunkt i situasjonen der et hevingskrav allerede er fremsatt, og fastslår at sikkerheten da må stilles ”straks” for at heving skal avverges. Dette bekreftes av forarbeidene til bestemmelsen, jfr. uttalelsen om at ”Bestemmelsen innebærer en mulighet til å møte et allerede fremsatt hevingskrav med sikkerhetsstillelse.”²³³ Regelen innebærer at kontraktsparten B må møte hevingserklæringen fra part A med en sikkerhetsstillelse nærmest umiddelbart etter at hevingskravet er fremsatt.

Kravet til sikkerhetsstillelsen må ses på bakgrunn av varslingsregelen i kjøpsloven § 62, annet ledd. Som vi skal se plikter den part som akter å heve, å varsle medkontrahenten på forhånd og å gi sistnevnte rimelig tid på seg til å skaffe sikkerhet for oppfyllelsen.²³⁴ En naturlig forutsetning er da at sikkerheten må stilles innen rimelig tid, og senest når kjøpet heves.

CISG artikkel 72, annet ledd anvender formuleringen ”... adequate assurance of his performance ...”. Det oppstilles ikke noe uttrykkelig krav til tidspunktet for sikkerhetsstillelsen. Sammenhengen med den hevende parts varslingsplikt tilsier imidlertid at sikkerheten må stilles innen rimelig tid etter at hevingsvarselet er mottatt.²³⁵ Det må være tilstrekkelig at sikkerheten stilles straks kjøpet erklæres hevet. Selv om den hevende part plikter å varsle om hevingsintensjonen, er det ikke noe krav om at varselet informerer om på hvilket nærmere tidspunkt heving vil erklæres.²³⁶ Medkontrahenten som arbeider for å skaffe sikkerhet, vil av den grunn ofte ikke være informert om når

²³³ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

²³⁴ Nærmere om varslingsplikten, nedenfor i pkt. 5.4.

²³⁵ Se pkt. 5.4.

²³⁶ Se pkt. 5.4.

hevingskravet vil bli fremsatt. Det vil derfor være urimelig om heving ikke kunne avverges ved sikkerhetsstillelse som skjer straks og som en umiddelbar reaksjon på hevingskravet. Videre må det i de tilfeller der den hevende part unntaksvis ikke plikter å varsle, likevel være anledning for medkontrahenten til å stille sikkerhet dersom dette tross den manglende varsling er mulig. I slike tilfeller må det klart nok være tilstrekkelig at sikkerheten stilles straks etter at hevingskravet er mottatt. Rettstekniske hensyn taler for å legge det samme tidspunktet til grunn som endelig frist for sikkerhetsstillelsen, enten varsel er gitt eller ikke. Sammenhengen med varslingsplikten tilsier på den annen side at sikkerheten ikke kan stilles senere enn straks hevingskravet er mottatt. Etter varslingsreglene plikter den part som akter å heve å gi medkontrahenten rimelig forhåndsvarsel, og forutsetningen må da være at sikkerheten stilles innen rimelig tid, og senest ved den etterfølgende heving. I motsatt fall ville det ikke være behov for en forutgående varslingsplikt.

Kravet til tidspunktet for sikkerhetsstillelsen gjenfinnes ikke i stansingsbestemmelsene i kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71. Dette har sammenheng med sikkerhetsstillelsens forskjellige betydning ved de to former for beføyelser. Der stansings- og tilbakeholdsrett gjøres gjeldende vil sikkerhetsstillelsen ha innvirkning på en beføyelse som allerede utøves, ved at den avskjærer videre utøvelse av denne. Ved heving følger det derimot av varslings- og sikkerhetsreglene at hevingsretten suspenderes inntil det er avklart hvorvidt sikkerhet vil bli stilt eller ikke, så fremt dette skjer innen rimelig tid. Ved heving, i motsetning til ved stansing, vil en rask avklaring av sikkerhetsspørsmålet derfor være nødvendig.

5.3.3.2 Sikkerhetsstillelsens innhold

Kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. krever videre at det må være tale om ”betryggende sikkerhet” for oppfyllelse av kjøpet. Den tilsvarende formuleringen i CISG artikkel 72, annet ledd er ”adequate assurance”. Formuleringene er de samme som for stansingsbeføyelsene, jfr. kjøpsloven § 61, fjerde ledd og CISG artikkel 71, tredje ledd. Det må derfor antas at kravene til sikkerhetsstillelsens nærmere innhold er de samme enten det er tale om stansing eller heving. Det vises derfor til behandlingen av spørsmålet ovenfor under i pkt.4.3.3.

På ett punkt er det imidlertid forskjell mellom de to typer av beføyelser. Ved stansing må sikkerheten som stilles være så omfattende at en eventuell usikret del av kontraktsforpliktelsene ikke utgjør en vesentlig del av disse.²³⁷ For heving må det være tilstrekkelig at det stilles sikkerhet av et slikt omfang at en eventuell usikret del av forpliktelsene ikke er så omfattende at det ville innebære vesentlig kontraktsbrudd om den ikke ble oppfylt. Sikkerheten vil her innebære at de alminnelige hevingsvilkårene i kjøpsloven § 62, første ledd, første pkt. ikke lenger er tilfredsstilt. Det vil ikke være klart at et vesentlig kontraktsbrudd kommer til å inntre.

5.3.4 Særlig om sikkerhetsstillelse hvor medkontrahenten har erklært at han ikke vil oppfylle

Hevingsbestemmelsen i CISG er som vi har sett på ett punkt annerledes utformet enn den tilsvarende bestemmelsen i kjøpsloven. CISG artikkel 72, tredje ledd fastslår at bestemmelsene i artikkelens annet ledd ikke får anvendelse hvor medkontrahenten har erklært at han ikke vil oppfylle sine kontraktsforpliktelser. Dette innebærer at annet ledds forutsetning om at den andre partens sikkerhetsstillelse avverger heving ikke gjelder der grunnlaget for hevingen er medkontrahentens egen erklæring om at han ikke vil oppfylle kjøpet. Konsekvensen er altså at debitor ikke kan avverge at kjøpet heves ved å stille sikkerhet, dersom grunnlaget for hevingen er hans egen erklæring om ikke-oppfyllelse.²³⁸

Som nevnt kan det sies å følge allerede av CISG artikkel 72, første ledd, nemlig av kravet om at det må være klart at kontraktsbrudd vil inntre, at kjøpet ikke kan heves der medkontrahenten stiller sikkerhet for oppfyllelsen. Artikkelens tredje ledd gjør unntak fra annet ledd, men sier ikke noe om forholdet til første ledd. Antakelig må den løsningen artikkelens tredje ledd, jfr. annet ledd gir anvisning på, her gå foran første ledd på bakgrunn av lex specialis-prinsippet. Den spesielle situasjonen at grunnlaget for å heve kjøpet er medkontrahentens egen erklæring om ikke-oppfyllelse, reguleres særskilt

²³⁷ Se ovenfor under pkt. 4.3.3.

²³⁸ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 534.

i artikkelens tredje ledd, som derfor ved motstrid bør gå foran de generelle reglene i første ledd.

At artikkel 72 tredje ledd anses som *lex-specialis*, slik at heving ikke kan avverges ved sikkerhetsstillelse der grunnlaget for hevingen er en erklæring om ikke-oppfyllelse, harmonerer også best med det syn at artikkelen 72, første og tredje ledd oppstiller alternative grunnlag for å heve kjøpet.²³⁹ Løsningen reflekterer som vi skal se straks nedenfor, det særlige hevingsgrunnlaget i CISG artikkel 72, tredje ledd; medkontra- hentens erklæring om ikke-oppfyllelse. Der debitor har avgitt en slik erklæring og ved det selv har gitt kreditor et særlig sterkt grunnlag for å heve, bør ikke erklæringen i ettertid kunne tilbakekalles.²⁴⁰ Når en slik erklæring først er avgitt, bør kreditor kunne innrette seg i tillit til denne. En senere sikkerhetsstillelse vil jo nettopp innebære slikt tilbakekall, og bør derfor ikke virke hevingsavvergende.

Tilsynelatende innebærer regelen i CISG artikkel 72, tredje, jfr. annet ledd en vesentlig begrensning av sikkerhetsstillelsens betydning. I praksis er nok betydningen mindre. Der grunnlaget for å heve kjøpet er medkontra- hentens erklæring om at han enten ikke kan eller vil oppfylle sine kontraktsplikter, vil det nok svært sjelden være tilfellet at han deretter både evner og er villig til å stille sikkerhet for egen oppfyllelse.

Ordlyden i kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. om sikkerhetsstillelsens hevings- avvergende virkning gjelder sikkerhetsstillelse generelt, og gjør ikke unntak der grunnlaget for forventningen er motpartens erklæring om ikke-oppfyllelse. Imidlertid er det reelt sett betydelig forskjell på situasjonen der kjøpet heves fordi det på generelt grunnlag er klart at kontraktsbrudd vil inntre, og der heving skjer fordi medkontra- hentens erklæring ikke å ville oppfylle. Der motparten uttrykkelig og entydig erklærer at han ikke kommer til å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten, er dette et særlig sterkt grunn- lag for å heve. Dels fordi det her er motpartens eget utsagn som gir grunn til å forvente

²³⁹ At det er tale om to separate hevingsgrunnlag er fremhevet av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 534-535 med videre henvisninger.

mislighold, dels fordi en erklæring om ikke-oppfyllelse innebærer brudd på en grunnleggende forutsetning for kontrakten, nemlig at partene er bundet av kontraktens bestemmelser. Leser i Schlechtriem uttrykker det siste slik:

”A promisor who seriously, expressly and unambiguously denies or declines to perform his contractual obligations breaches the contract in a fundamental way. ... This is a breach of contract of contract in the ‘purest form’, because it amounts to a denial that the parties are bound by their contract; the basis of the contract was their intention to be bound and the refusal to perform removes that basis.”²⁴¹

Parten har ved sin uttrykkelige erklæring gitt medkontrahenten et slikt særlig hevingsgrunnlag at den andre parten bør kunne innrette seg i tillit til erklæringen ved å heve kjøpet. Derfor bør en part som uttrykkelig og entydig har gjort det klart overfor medkontrahenten at han ikke kommer til å oppfylle kontrakten, ikke kunne kalle tilbake denne erklæringen i ettertid.²⁴² En senere sikkerhetsstillelse som avverger heving vil som påpekt innebære tilbakekall av erklæringen, og bør derfor ikke godtas.

Det foreligger altså vektige hensyn som taler for at regelen om sikkerhetsstillelsens hevingsavvergende virkning i kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. ikke gis anvendelse der grunnlaget for hevingen er en parts egen erklæring om at han ikke vil oppfylle kjøpet.

Forståelsen av CISG er som vi har sett en viktig tolkingsfaktor ved tolkingen av kjøpsloven, ikke bare i internasjonale, men også i nasjonale kjøp.²⁴³ CISG artikkel 72 har

²⁴⁰ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 540.

²⁴¹ Op. cit. s. 539-540.

²⁴² Op. cit. s. 540.

²⁴³ Nærmere om CISG som tolkingsfaktor ved tolkingen av kjøpsloven, ovenfor under pkt. 1.3.

vært direkte forbilde ved utformingen av kjøpsloven § 62.²⁴⁴ Dette er i seg selv et argument for å legge til grunn en forståelse av kjøpsloven § 62 som er i overensstemmelse med konvensjonen artikkel 72. Også dette taler for en innskrenkende fortolkning av kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt.

Etter dette legges det til grunn at kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. må tolkes innskrenkende, slik at regelen om sikkerhetsstillelsens hevingsavvergende virkning forstås med den begrensning at den ikke får anvendelse der grunnlaget for å heve er medkontrahentens egen erklæring om at han ikke vil oppfylle kjøpet.

5.3.5 Spesielt om avhending av fast eiendom

Avhendingsloven § 6-2, annet pkt. fastslår at: ”Heving kan avverjast dersom den andre parten straks gir fullgod trygd for at avtala vil bli oppfylt.” Dette er den samme formuleringen som i kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt., og tilsier derfor at bestemmelsene må forstås på samme måte. En slik forståelse bekreftes også av forarbeidene til avhendingsloven.²⁴⁵

5.4 Betydningen av varsling

5.4.1 Problemstillingen og bakgrunnen for denne

Spørsmålet er først hvorvidt en part som akter å heve kjøpet plikter å varsle medkontrahenten om dette. Dersom det foreligger varslingsplikt, oppstår spørsmålet om det nærmere innholdet av denne, og videre spørsmålet om rettslige konsekvenser av overtredelse av plikten.

Som ved stansing er det naturlig å se varslingsspørsmålet i sammenheng med det alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsprinsipp. Plikten til aktsom og lojal opptreden

²⁴⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 112.

²⁴⁵ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 126.

gjør det nærliggende å reise spørsmålet om varsling av medkontrahenten når kjøpet aktes hevet.

Også den risikoen en part som hever kjøpet på grunnlag av antesipert mislighold tar, gjør det nærliggende å drøfte spørsmål knyttet til varsling. Der part A hever kjøpet på grunnlag av forventet kontraktsbrudd på part Bs side, foreligger en risiko for at A har vurdert utsiktene til kontraktsbrudd feil, og at de strenge hevingsvilkårene i kjøpsloven § 62, jfr. CISG artikkel 72, ikke er tilfredsstilt på hevingstidspunktet. A vil her fremdeles være forpliktet etter kontrakten med B. Videre vil As uberettigede hevingserklæring i seg selv kunne innebære en avvisning av kontraktsforpliktelsene som gir B rett til å heve kjøpet med hjemmel i kjøpsloven § 62, første ledd, jfr. CISG artikkel 72, første og tredje ledd, og eventuelt også kreve erstatning.²⁴⁶ Risikoen A tar ved å heve vil imidlertid reduseres betydelig dersom A på forhånd varsler motparten B om hevingsintensjonen, og ved dette gir B oppfordring og anledning til å stille sikkerhet for sin oppfyllelse av kontrakten, jfr. kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. og CISG artikkel 72, annet ledd. Dersom B etter å ha blitt varslet ikke innen rimelig tid har maktet å stille betryggende sikkerhet for sin oppfyllelse, kan A med atskillig større trygghet heve kjøpet.²⁴⁷

5.4.2 Varslingsplikten

Kjøpsloven § 62, annet ledd fastslår: ”Når tiden tillater det, skal den part som akter å heve, varsle den annen part så denne får høve til å skaffe sikkerhet for å unngå heving.” Den motsvarende bestemmelsen i CISG artikkel 72, annet ledd, lyder:

“If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.”

Varslingsplikten må ses i sammenheng med regelen om sikkerhetsstillelse i kjøpsloven § 62, første ledd, annet pkt. og CISG artikkel 72, annet ledd. Sammenhengen mellom

²⁴⁶ Honnold, 1999, s. 438.

²⁴⁷ L.c.

varsling og sikkerhetsstillelse, ved at hevingsvarselet skal gi medkontrahenten mulighet til i tide å skaffe sikkerhet for sin oppfyllelse, er uttrykkelig fremhevet i varslingsreglene. En parts mulighet til straks å møte en hevingserklæring med en sikkerhetsstillelse, forutsetter i mange tilfeller at han har fått et visst forvarsel om at den andre parten har til hensikt å heve kjøpet.²⁴⁸

Bestemmelsene pålegger altså den part som har til hensikt å heve kontrakten en plikt til å varsle medkontrahenten om dette. Det fremgår videre av bestemmelsene at varslingsplikten ikke gjelder ubetinget, men er underlagt nærmere vilkår for å få anvendelse.

En forutsetning for varslingsplikten fremkommer ved uttrykkene ”Når tiden tillater det ...”, jfr. kjøpsloven § 62, annet ledd og ”If time allows ...”, jfr. CISG artikkel 72, annet ledd. Varslingsplikten er altså betinget av at det er tid til å foreta forhåndsvarsling. Ettersom det ikke gjelder særlige krav verken til varselets form eller innhold, og varselet derfor må kunne foretas på enkleste måte, vil det nok oftest være tid til å varsle medkontrahenten før kjøpet heves. Betingelsen innebærer imidlertid at varslingsplikten ikke gjelder der en part i et kjøpsforhold kommer i en situasjon hvor det er nødvendig å heve umiddelbart, typisk fordi det haster med å foreta dekningstransaksjon. Dette vil kunne være tilfellet der en part er avhengig av presis oppfyllelse av kontrakten, samtidig som oppfyllestidspunktet er kommet så nært i tid at det er på det rene at medkontrahenten ikke vil kunne oppfylle i tide.²⁴⁹ I slike tilfeller vil parten gjerne ha behov for umiddelbart å komme ut av kontraktsforholdet for å kunne foreta en dekningstransaksjon. En annen situasjon er der presis oppfyllelse er avgjørende og det på grunn av svært lang leveringstid for det aktuelle produktet, er nødvendig for kjøperen straks å komme ut av kontrakten som forventes misligholdt og foreta et dekningskjøp, for å sikre tidsnok levering fra ny leverandør. Behovet for rask handling tilsier at den hevende part i disse tilfellene ikke bør være forpliktet til å varsle.

Det må kreves at varselet som gis er rimelig, i den forstand at det gir medkontrahenten en rimelig frist til å skaffe sikkerhet for sin oppfyllelse. Kravet er ikke direkte uttrykt i kjøpsloven § 62, annet ledd, men er en naturlig følge av at varselet skal gi med-

²⁴⁸ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

²⁴⁹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 309.

kontrahenten "... høve til å skaffe sikkerhet for å unngå heving." Kjøpsloven må på dette punkt forstås på bakgrunn av den tilsvarende bestemmelsen i konvensjonen. CISG artikkel 72, annet ledd fastslår uttrykkelig at det skal gis "... reasonable notice ... in order to permit ... [den andre parten] to provide adequate assurance ...", på fransk: "... notifier à l'autre partie dans des conditions raisonnables pour lui permettre de donner des assurances suffisantes ...". Av konvensjonens ordlyd, tydeligst av den franske versjonen, fremgår at det må gis rimelig varsel for å sette medkontrahenten i stand til å skaffe sikkerhet. Dette innebærer at medkontrahenten må gis rimelig frist til å skaffe sikkerhet for sin oppfyllelse.

Kravet om at tiden må tillate varsling må ses i sammenheng med kravet til rimelig varsel. Varslingsplikten er betinget av at det er tid nok til et forhåndsvarsel som gir medkontrahenten en rimelig frist til å stille sikkerhet. Selv om det er tid til å varsle medkontrahenten om hevingsintensjonen, kan situasjonen være at det ikke er tid til å gi medkontrahenten tilstrekkelig frist til å stille sikkerhet for oppfyllelsen. Det følger av den forståelsen av tidsforutsetningen som legges til grunn her, at varslingsplikten heller ikke gjelder i dette tilfellet.

Bergem, Rognlien synes imidlertid å mene at forbeholdet om hva tiden tillater i denne situasjonen, utelukkende vil begrense kravet til varselets lengde.²⁵⁰ Til dette kan anføres at det synes lite hensiktsmessig å pålegge en part som er under tidspress for å komme ut av kontraktsforholdet, en plikt til å varsle medkontrahenten, der denne uansett ikke vil få tilstrekkelig tid på seg til å stille sikkerhet og ved det mulighet til å avverge hevingen. Det sentrale formålet med varslingsplikten er som påpekt, at den skal gi medkontrahenten rimelig mulighet til å skaffe sikkerhet i tide. Her vil varselet ikke ha en slik funksjon, og et sentralt grunnlag for varslingsplikten er derfor fraværende.

At kravet om at tiden må tillate varsling innebærer at det må være tid til et forhåndsvarsel som gir medkontrahenten en rimelig frist til å stille sikkerhet, og at dette er en forutsetning for varslingsplikten, har videre støtte i rettsteorien knyttet til CISG artikkel 72.²⁵¹

²⁵⁰ Bergem, Rognlien, 1995, s. 310.

²⁵¹ Bennett i Bianca, Bonell, 1987, s. 529-530 og Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536.

Det kan spørres om kravet om rimelig varsel, "... reasonable notice ...", jfr. CISG artikkel 72, annet ledd innebærer noe annet enn krav til lengden av varselfristen og eventuelt varselets form og innhold. Bestemmelsen kan forstås slik at den oppstiller som en ytterligere forutsetning at varselet fremstår som rimelig i en videre forstand. Etter denne forståelsen må varslingen som sådan fremstå som rimelig på bakgrunn av de konkrete omstendigheter i kjøpsforholdet. En forutsetning for varslingsplikten er dermed at det er rimelig å pålegge den part som akter å heve, en slik plikt. I rettsteorien knyttet til CISG artikkel 72 er kravet om rimelig varsel forstått slik at det også innebærer en selvstendig betingelse for varslingsplikten. Leser i Schlechtriem fremholder om betingelsene for varslingsplikten at:

"Furthermore, the notice must be 'reasonable' according to the circumstances. ... before an innocent party is obliged to give notice to the other party and so commence the procedure for the provision of assurance, it must be reasonable to require him to do so. ... Only if time allows and reasonable notice can be given is the innocent party under a duty to give notice to the other party. ... In other words, it must be 'reasonable' to place the innocent party under such a duty. ... If it is unreasonable to require the innocent party to give notice ... then he has no such obligation and he may avoid the contract without delay."²⁵²

Ordlyden i kjøpsloven § 62, annet ledd avviker på dette punkt fra CISG artikkel 72, annet ledd. Kjøpsloven oppstiller varslingsplikt uten å presisere rimeligheten av denne nærmere. Kjøpslovens hevingsbestemmelse må imidlertid forstås på bakgrunn av den motsvarende bestemmelsen i konvensjonen. Det følger av kjøpsloven § 88, første ledd og av forarbeidene til kjøpsloven,²⁵³ at forståelsen av CISG i sin alminnelighet er et relevant moment ved tolkningen av kjøpsloven. CISG artikkel 72 er direkte forbilde for kjøpsloven § 62.²⁵⁴ Dette taler med styrke for at en tilsvarende forutsetning med hensyn til rimeligheten av varslingsplikten som den som oppstilles i CISG artikkel 72, annet ledd, også må innfortolkes i kjøpsloven § 62, annet ledd. En slik forståelse legges derfor til grunn.

²⁵² Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536-537.

²⁵³ Se særlig NU 1984:5, s. 158. og Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 19.

Det kan diskuteres hvilken praktisk betydning denne forutsetningen har for varslingsplikten rekkevidde. På bakgrunn av det alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsprinsipp må det antas at det som et utgangspunkt er rimelig å kreve varsel ved heving. Særlig synes varslingsplikten rimelig i betraktning av at heving er en svært vidtgående kontraktbruddssanksjon. Rimelighetsforutsetningen vil derfor neppe innebære noen betydelig innskrenkning av varslingsplikten. Det vil likevel kunne være urimelig å pålegge en part som har til hensikt å heve en forutgående varslingsplikt, der denne har behov for straks å komme ut av kontraktsforholdet, typisk for å kunne foreta en dekningsstransaksjon. I disse tilfellene vil det imidlertid følge allerede av forutsetningen om at tiden må tillate varslingsplikt at parten kan heve uten forutgående varsel. Også ellers vil det i særlige tilfeller kunne være urimelig å kreve forhåndsvarsel fra den part som akter å heve.²⁵⁵ Et eksempel er hvor varsel åpenbart ikke vil ha betydning for medkontrahentens mulighet til å stille sikkerhet, enten fordi det er klart at medkontrahenten mangler evne eller vilje til å stille sikkerhet, eller fordi det er på det rene at den sikkerhet som kan fremskaffes ikke vil være tilstrekkelig.

Når denne siste betingelsen for varslingsplikten legges til grunn, innebærer det at plikten til å varsle medkontrahenten begrenses til tilfeller hvor det er rimelig å pålegge den part som har til hensikt å heve kjøpet, en slik plikt. Løsningen har videre støtte i reelle hensyn. Selv om grunnvilkårene for å heve ved antasipert mislighold er tilstede, er hevingsadgangen i utgangspunktet stengt inntil varslings- og sikkerhetsstillellesprosedyren i kjøpsloven § 62, annet ledd, jfr. første ledd, annet pkt., er fullført. Som allerede påpekt vil dette kunne medføre en ikke ubetydelig forsinkelse for den part som ønsker seg ut av kjøpet. Dette står i motsetning til situasjonen ved utøvelse av stansingsrett, der varslingsplikten og muligheten for sikkerhetsstillelse fra den andre partens side, ikke utsetter retten til å iverksette beføyelsene. Utformingen av hevingsreglene tilsier derfor at varslingsplikten ikke bør gjelde ubetinget, men bør reserveres tilfeller der tiden tillater at varsel gis og slikt forhåndsvarsel fremtrer som rimelig, de konkrete forholdene tatt i betraktning.

²⁵⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 16-19 og 111-112.

²⁵⁵ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536.

Dersom forutsetningene for varslingsplikten først er tilstede, gjelder imidlertid en absolutt plikt til å varsle. Dette følger av ordlyden i bestemmelsene, jfr. uttrykkene "... skal ... varsle ..." i kjøpsloven § 62, annet ledd og "... must give ... notice ..." i CISG artikkel 72, annet ledd.

Uttalelsene i Ot. prp. nr. 80 (1986-87) om at "Når tiden tillater det, *bør* derfor den annen part varsle om at kjøpet aktes hevet." (Min kursivering.)²⁵⁶ kan derfor ikke forstås slik at varslingsplikten ikke er absolutt når først betingelsene for plikten er tilstede.

5.4.3 Nærmere krav til varselet

Ettersom varslingsplikten pålegger "... den part som akter å heve ...", jfr. kjøpsloven § 62, annet ledd, i CISG uttrykt slik: "... the party intending to declare the contract avoided ...", jfr. CISG artikkel 72, annet ledd, er det her tale om en plikt til forhåndsvarsel av medkontrahenten før kjøpet på et senere tidspunkt eventuelt erklæres hevet. Dette i motsetning til hva som gjelder ved utøvelse av stansingsbeføyelsene, der det er tilstrekkelig å varsle umiddelbart etter at stansing er iverksatt.

Spørsmålet er så hvor lang tid i forveien varselet må gis, med andre ord hvor lang tid det må gå fra hevingsvarselet gis og til kjøpet erklæres hevet. Kjøpsloven fastslår at varselet skal gi medkontrahenten "... høve til å skaffe sikkerhet for å unngå heving." På samme måte fastslår CISG at varselet skal: "...permit ... [den andre parten] to provide adequate assurance of his performance." (Min tilføyelse.) Som vi har sett ovenfor i pkt. 5.4.2, må varselet som gis være rimelig, i den forstand at det må gi medkontrahenten en rimelig frist til å skaffe sikkerhet for sin oppfyllelse. I CISG er rimelighetskravet uttrykt ved formuleringen "... reasonable notice ...", på fransk: "... notifier à l'autre partie dans des conditions raisonnables ...".

Av kjøpsloven § 62, annet ledd, jfr. CISG artikkel 72, annet ledd, følger at varslingen må gjøres så tidlig at medkontrahenten gis en rimelig frist til å skaffe sikkerhet for sin oppfyllelse. Hva som er rimelig frist må avgjøres konkret. Av betydning vil for eksempel være kjøpets art, partenes behov, hvor lang tid parten som ønsker å heve

²⁵⁶ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

trenger for å skaffe alternativ oppfyllelse og hvor lang tid den andre parten trenger for å skaffe sikkerhet.²⁵⁷ Partenes profesjonalitet og deres eksterne forbindelser, typisk bankforbindelser, vil være viktig ved vurderingen av hva som er rimelig frist for å skaffe sikkerhet. Et minstekrav til varslingstiden må være at den gir medkontrahenten en reell mulighet til å skaffe tilstrekkelig sikkerhet. Medkontrahenten må ikke bare gis mulighet til å tilby sikkerhet, men også å fremskaffe slik sikkerhet.²⁵⁸ Konsekvensen av den varslings- og sikkerhetsstillellesprosedyren som oppstilles, er at det vil kunne gå noen tid fra det blir klart at kontraktsbrudd vil inntre og til kjøpet kan heves med endelig virkning.²⁵⁹

På samme måte som stansingsreglene i kjøpsloven § 61 og CISG artikkel 71, begges tredje ledd, oppstiller heller ikke hevingsreglene uttrykkelige krav til varselets form. Det stilles heller ikke uttrykkelige krav til varselets innhold, bortsett fra det som følger av selve hevingsvarselets natur, nemlig at varselet må informere om at kjøpet aktes hevet. Imidlertid må det kreves at varselet som gis er rimelig, jfr. CISG artikkel 72, annet ledd som krever: "... reasonable notice ...", på fransk: "... notifier à l'autre partie dans des conditions raisonnables ...". Som vi har sett ovenfor må dette kravet også legges til grunn etter varslingsregelen i kjøpsloven § 62, annet ledd. Kravet til rimelig varsel innebærer at varselet i form og innhold må være egnet til å oppfylle formålet med varslingsplikten, nemlig å gjøre medkontrahenten oppmerksom på at kjøpet aktes hevet, og gi ham anledning til å skaffe sikkerhet for sin oppfyllelse. Mer konkrete krav til form eller innhold kan neppe oppstilles med hjemmel i rimelighetskravet.

Varselet er et foreløpig forhåndsvarsel om at kjøpet aktes hevet, og erstatter ikke melding om at kjøpet er hevet.²⁶⁰ Varsel etter kjøpsloven § 62, annet ledd kan etter omstendighetene kombineres med varsel etter lovens § 61, tredje ledd. Dette vil da være

²⁵⁷ Bergem, Rognlien, 1995, s. 309.

²⁵⁸ Dette er fremholdt av Leser i Schlechtriem, 1998, s. 536 i tilknytning til CISG artikkel 72, annet ledd, og må gjelde tilsvarende for vurderingen under kjl. § 62, annet ledd.

²⁵⁹ Også dette er fremholdt av Leser i Schlechtriem, op. cit. s. 537 i tilknytning til CISG artikkel 72, annet ledd, og må gjelde tilsvarende for vurderingen under kjl. § 62, annet ledd.

²⁶⁰ Bergem, Rognlien, 1995, s. 309.

varsel dels om at parten allerede gjør gjeldende en stansingsbeføyelse, dels om at han akter å heve kjøpet på et senere tidspunkt.²⁶¹

5.4.4 Rettslige konsekvenser av unnlatt varslings

Dersom vilkårene for varslingsplikten foreligger og en part til tross for dette hever kjøpet uten at medkontrahenten er gitt forutgående hevingsvarsel, oppstår spørsmålet om hvilke rettsvirkninger dette skal få. Det kan tenkes at hevingen av kjøpet anses uberettiget, eller også at hevingen godtas, men at pliktbruddet utløser erstatningsansvar for medkontrahentens økonomiske tap som følge av den manglende varslings.

Kjøpsloven § 62, annet ledd inneholder ingen uttrykkelig regulering av rettsvirkningene av brudd på varslingsplikten. Heller ikke forarbeidene til bestemmelsen tar stilling til spørsmålet. På dette punkt er det altså en vesentlig forskjell mellom kjøpslovens bestemmelser for stansing og heving.

Kjøpsloven § 62, annet ledd oppstiller som vi har sett, en plikt til forhåndsvarslings av medkontrahenten der kjøpet aktes hevet. Varslingsplikten pålegger dermed kreditor før kjøpet heves, i motsetning til hva som gjelder ved stansing, der varselplikten først inntreffer umiddelbart etter at stansingsbeføyelsen er iverksatt. Denne ulikheten i utformingen av varslingsreglene for stansing og heving gjør det mer nærliggende å anse varslingsplikten som et vilkår for å heve enn som et vilkår for å gjøre gjeldende stansingsrett. Slik varslingsregelen er utformet i hevingsbestemmelsen, synes det like naturlig å anse overholdelse av varslingsplikten som en av betingelsene for hevingsadgangen, som en sideforpliktelse som pålegger den hevende part.

Varslingsplikten må, ved heving som ved stansing, forstås på bakgrunn av det alminnelige lojalitetsprinsipp i kontraktsforhold.²⁶² Prinsippet om aktsom og lojal oppførsel i kontraktsforholdene imellom kan tilsi at varslingsplikten må anses som så grunnleggende og sentral at overholdelse av denne bør være en forutsetning for hevingsrett. Særlig gjelder dette når varslingsplikten er utformet slik som i hevings-

²⁶¹ Bergem, Rognlien, 1995, s. 309.

²⁶² Om sammenhengen mellom lojalitetsprinsippet og varslingsplikten, se ovenfor i pkt. 4.4.

bestemmelsen, som en plikt til forhåndsvarsel av medkontrahenten som er betinget av at tiden tillater at varsel gis, og at varsling anses rimelig.

Ved heving av kjøpet er det enda nærmere sammenheng mellom kreditors varsling av debitor og sistnevntes mulighet for å stille sikkerhet i tide, enn tilfellet er ved stansing. For det første vil kreditors forhåndsvarsel om at han har til hensikt å heve kjøpet, være det eneste som gir debitor foranledning til å stille sikkerhet for egen oppfyllelse. Ved stansingsbeføyelsene derimot, vil kreditors varsling komme samtidig med at den aktuelle beføyelse gjøres gjeldende. Dette innebærer, i alle fall der stansingen er synlig for debitor; typisk der kontraktsytelsen holdes tilbake eller salgsgjenstanden hindres overgitt, at både varselet og selve utøvelsen av beføyelsen gir debitor foranledning til å stille sikkerhet. For det andre kreves at debtors sikkerhetsstillelse, for å avverge heving av kjøpet, må skje straks kjøpet erklæres hevet, jfr. kjl. § 62, første ledd, annet pkt. Dette er også annerledes ved stansing, der det ikke stilles nærmere krav til tidspunktet for debtors sikkerhetsstillelse for at denne skal avskjære stansingsretten, jfr. kjl. § 61, fjerde ledd.

Konsekvensen av disse forhold er at kreditors varsling langt oftere vil være avgjørende for debtors mulighet til å stille sikkerhet og ved det avverge eller avskjære misligholdsbeføyelser, der kreditor hever kjøpet enn der han gjør stansingsrett gjeldende. Den nære sammenhengen mellom kreditors varsling og debtors sikkerhetsstillelse, ved at den hevende parts varsel skal gi medkontrahenten rimelig anledning til stille sikkerhet for sin oppfyllelse, fremkommer også av ordlyden i hevingsbestemmelsen, jfr. kjl. § 62, annet ledd, i.f., og fremheves i forarbeidene.²⁶³ Den klare sammenhengen mellom varsling og sikkerhetsstillelse i hevingstilfellene tilsier at overholdelse av varslingsplikten bør være en forutsetning for hevingsretten, slik at en unnlatelse av å varsle avskjærer hevingsadgangen.

Heller ikke CISG artikkel 72 oppstiller noen uttrykkelig regel om rettsvirkningene av unnlatt varsling. På samme måte som for stansing, fremkommer ulike synspunkter i rettsteorien knyttet til konvensjonen. Leser i Schlechtriem antar at korrekt varsel er en forutsetning for å kunne heve kjøpet, og at kjøpet derfor ikke kan heves uten at varsel er

²⁶³ Ot. prp. nr. 80 (1986-87), s. 113.

gitt.²⁶⁴ Staudinger, Magnus legger på sin side til grunn at virkningen av unnlatt varsling utelukkende er erstatningsansvar, og ikke at hevingsretten går tapt.²⁶⁵

Når verken konvensjonsteksten eller konvensjonens forhistorie gir uttrykkelig veiledning i forhold til spørsmålet om rettsvirkningen av unnlatt varsling, og teorien er delt i synet på konsekvensene av manglende varsling, må det konstateres at CISG ikke gir avgjørende veiledning ved dette spørsmålet.

Selv om verken lovens eller konvensjonens ordlyd uttrykkelig løser spørsmålet om rettsvirkningen av utelatt varsling, synes det på bakgrunn av utformingen varslingsplikten er gitt i hevingsbestemmelsene, mest nærliggende å legge til grunn at varsling er en forutsetning for hevingsrett. En slik forståelse av varslingsregelen tar hensyn til den særlig nære sammenhengen mellom varsling og sikkerhetsstillelse ved heving av kjøpet. Forståelsen tar videre hensyn til og ivaretar det kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet på en effektiv måte.

5.4.5 Særlig om varsling hvor medkontrahenten har erklært at han ikke vil oppfylle

Som nevnt foran, er hevingsbestemmelsen i CISG noe annerledes utformet enn den motsvarende bestemmelsen i kjøpsloven. CISG artikkel 72, tredje ledd slår fast at bestemmelsene i annet ledd ikke får anvendelse dersom den andre parten har erklært at han ikke vil oppfylle sine plikter etter kontrakten. Bestemmelsen om varslingsplikt i artikkelens annet ledd får derfor ikke anvendelse der grunnlaget for hevingen er medkontrahentens erklæring om at han ikke vil oppfylle kjøpet. Dette innebærer at der grunnvilkårene for å heve kjøpet er tilstede, jfr. CISG artikkel 72, første ledd, og grunnlaget er at den andre parten har erklært at han ikke vil oppfylle sine forpliktelser, kan kjøpet heves uten forutgående varsel.²⁶⁶

²⁶⁴ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 537, med videre henvisninger til øvrige forfattere.

²⁶⁵ Staudinger, Magnus, 1999, s. 629, med videre henvisninger til øvrige forfattere.

²⁶⁶ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 534.

Selv om CISG artikkel 72, tredje, jfr. annet ledd begrenser varslingsplikten, er ikke den praktiske betydningen av dette nødvendigvis så stor. Som vi har sett, er det nær sammenheng mellom varsling og sikkerhetsstillelse. Et sentralt formål med varslingsplikten er som nevnt å gi den andre parten en reell mulighet til å stille sikkerhet i tide. Som påpekt ovenfor i pkt. 5.3.4, vil slik sikkerhetsstillelse neppe være særlig praktisk der grunnlaget for å heve kjøpet er medkontrahentens erklæring om at han enten ikke kan eller vil oppfylle sine kontraktsplikter.

Ordlyden i kjøpsloven § 62, annet, jfr. første ledd oppstiller på sin side en generell varslingsplikt ved heving av kjøpet. Etter ordlyden gjelder plikten til å varsle uavhengig av grunnlaget for forventningen om kontraktsbrudd.

Som nevnt i pkt. 5.3.4 er situasjonen spesiell der grunnlaget for å heve kjøpet er at medkontrahenten erklærer at han ikke kommer til å oppfylle, i forhold til der kjøpet heves fordi det på generelt grunnlag er klart at kontraktsbrudd vil inntre. Der medkontrahenten uttrykkelig og entydig erklærer ikke å ville oppfylle, er dette, ettersom det her er hans eget utsagn som gir grunn til å frykte mislighold, og fordi erklæringen bryter med den grunnleggende forutsetning for kontrakten at partene er bundet av denne,²⁶⁷ et særlig sterkt grunnlag for å heve. Den part som møtes med en slik erklæring bør derfor kunne innrette seg etter denne ved å heve kjøpet uten å pålegges en plikt til forutgående varsling av motparten. Den part som erklærer at han ikke kommer til å oppfylle sine forpliktelser, må forvente at den andre parten svarer med å heve kjøpet, og har ingen berettiget forventning om å bli varslet om heving på forhånd. Disse særlige hensynene kan tilsi at varslingsplikten i kjøpsloven § 62, annet ledd ikke gis anvendelse der grunnlaget for å heve kjøpet er medkontrahentens egen erklæring om at han ikke kommer til å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten.

Som også nevnt i pkt. 5.3.4 er forståelsen av CISG en sentral tolkingsfaktor ved forståelsen av kjøpsloven, og CISG artikkel 72 har vært det direkte forbildet for

²⁶⁷ Leser i Schlechtriem, 1998, s. 539-540.

kjøpsloven § 62.²⁶⁸ Dette tilsier en forståelse av kjøpsloven § 62 som er i overensstemmelse med konvensjonen artikkel 72, altså en innskrenkende fortolkning av kjøpsloven § 62, annet ledd.²⁶⁹

Etter dette legges derfor til grunn at kjøpsloven § 62, annet ledd må tolkes innskrenkende, slik at den hevende parts varslingsplikt ikke gjelder der grunnlaget for å heve kjøpet er den andre partens erklæring om at han ikke kommer til å oppfylle sine forpliktelser.

Et eksempel fra rettspraksis er Borgarting lagmannsretts dom, LB-2000-02491. Avgjørelsen er omtalt ovenfor under pkt. 5.1.2.1, og som nevnt var spørsmålet hvorvidt en kontrakt om oppføring og levering av et ferdigstilt og komplett innredet hotell kunne heves av kjøperen på grunnlag av antasert mislighold på selgerens side. Retten fant at det på hevingstidspunktet var klart at hevingsbetingende kontraktsbrudd ville inntre, og at vilkårene for å heve kjøpet dermed var tilfredsstilt. Retten vurderte så spørsmålet om forhåndsvarslingsplikt fra den hevende parts side. Retten uttalte følgende om dette:

”Det er heller ikke grunnlag for å oppstille noe krav om forhåndsvarsel i analogi fra bestemmelsene i kjøpsloven §62 annet ledd, jf også FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp art 72 nr 2. Brygga har i klare utsagn og handlemåte gitt uttrykk for at avtalen ikke vil bli oppfylt til avtalt pris, og da trengs det ikke noe forhåndsvarsel ...”.

Som begrunnelse viste retten til uttalelser i rettsteorien, nærmere bestemt Bergem, Rognlien. En bedre begrunnelse for standpunktet til varslingsspørsmålet ville vært analogi fra CISG artikkel 72, tredje, jfr. annet ledd og konvensjonsbestemmelsenes betydning for forståelsen av kjøpsloven § 62, annet ledd på dette punkt.

²⁶⁸ Se ovenfor i pkt. 5.3.4. Nærmere om CISG som tolkingsfaktor ved tolkingen av kjøpsloven, ovenfor i pkt. 1.3.

5.4.6 Spesielt om avhending av fast eiendom

Avhendingslova § 6-2 inneholder ingen tilsvarende bestemmelse om varslingsplikt som kjøpsloven § 62, annet ledd. Heller ikke i forarbeidene til avhendingslova drøftes en varslingsplikt. Spørsmålet er derfor om lovens og forarbeidenes taushet innebærer at det ved eiendomssalg ikke gjelder noen plikt til forhåndsvarsel ved heving av kontrakten.

På den ene side gir avhendingslova hevingsrett og oppstiller vilkårene for denne retten, uten å nevne varsling fra den part som har til hensikt å heve avtalen, hvilket i seg selv tilsier at det ikke foreligger plikt til å varsle medkontrahenten før hevingen. Avhendingslova § 6-2 svarer etter ordlyden til kjøpsloven § 62, første ledd, og den eneste forskjellen mellom de to lovbestemmelsene er at avhendingsloven ikke har noen tilsvarende varslingsregel som den kjøpsloven oppstiller i § 62, annet ledd. At avhendingslova § 6-2 bygger på kjøpsloven § 62, første ledd bekreftes også i avhendingslovens forarbeider.²⁷⁰ Når kjøpsloven uttrykkelig oppstiller varslingsplikt, ville det vært nærliggende å innta en uttrykkelig varslingsbestemmelse i avhendingslova om lovgivers intensjon var at det også her skulle gjelde en plikt til varsling.

På den annen side gjelder det også i kontrakter om avhending av fast eiendom et alminnelig kontraktsrettslig lojalitetsprinsipp.²⁷¹ Det gjelder en plikt til aktsom og lojal opptreden kontraktspartene imellom. Lojalitetsplikten kan tilsi at den part som har til hensikt å heve kjøpet først må varsle medkontrahenten om hevingsintensjonen. Lojalitetsplikten tilsier i alle fall en varslingsplikt der tiden tillater forhåndsvarsling og slik varsling også fremtrer som rimelig på bakgrunn av de konkrete omstendighetene i kontraktsforholdet. Det må derfor også ved avhending av fast eiendom gjelde en varslingsplikt ved heving av kontrakten på grunn av forventet kontraktsbrudd.

²⁶⁹ Denne forståelsen av kjøpsloven § 62 legges også til grunn av Bergem, Rognlien, 1995, s. 309.

²⁷⁰ Ot. prp. nr. 66 (1990-91), s. 126.

²⁷¹ At det gjelder et alminnelig prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold, fremkommer av en rekke rettsavgjørelser, se for eksempel Rt. 1988, s. 1078.

Varslingsplikten kan imidlertid ikke gjelde i større utstrekning enn lojalitetsprinsippet tilsier. Som antydnet ovenfor, tilsier dette at varslingsplikten gjøres betinget av at det er tid til forhåndsvarsling og videre at det er rimelig ut fra de konkrete forhold, slik som partenes forhold og muligheten for sikkerhetsstillelse, å kreve varsling før kontrakten heves. Også sammenhengen mellom varsling og sikkerhetsstillelse tilsier at varslingsplikten avgrenses på denne måten.

Det er dermed nærliggende å legge til grunn de samme krav til innholdet i varslingsplikten som i øvrige kjøpsforhold. Det antas derfor at forhåndsvarselet må gi medkontrahenten en rimelig frist til å stille sikkerhet og derved avverge hevingen, jfr. avhendingsloven § 6-2, annet pkt.

Det kan imidlertid neppe med hjemmel i det alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsprinsipp antas at varsling er en forutsetning for hevingsadgangen. Det følger ikke med nødvendighet av plikten til aktsom og lojal opptreden i kontraktsforholdet at en unnlatelse av å varsle må avskjære adgangen til å heve kontrakten. En så vidtgående rettsvirkning går lenger enn hva som følger av det ulovfestede lojalitetsprinsippet. Prinsippet om aktsom og lojal opptreden tilsier riktignok at det må gjelde en varslingsplikt ved heving, men der brudd på plikten bare kan utløse erstatningsansvar for medkontrahentens økonomiske tap som følge av unnlatt varsling.

6 Enkelte hovedfunn og rettspolitiske kommentarer

I norsk rett er det adgang til å gjøre gjeldende både midlertidige stansingsbeføyelser og definitive beføyelser, som heving og erstatning, på grunnlag av antesipert mislighold i kjøpsforhold. Adgangen er imidlertid betinget av at visse krav til sannsynligheten for kontraktsbrudd – beviskrav - er tilfredsstilt. Det kreves høy sannsynlighet for at kontraktsbrudd vil inntre, og beviskravet må derfor karakteriseres som strengt, selv hvor det utelukkende er midlertidige beføyelser som gjøres gjeldende. Her kreves i tillegg at forventningen om kontraktsbrudd bygger på nærmere angitte holdepunkter. Kravet til det faktiske grunnlaget for forventningen har nær sammenheng med beviskravet, og bidrar til å styrke dette. Sammen sikrer vilkårene at stansingsbeføyelsene ikke kan gjøres gjeldende uten at det foreligger et påviselig og rimelig sikkert grunnlag for forventningen om kontraktsbrudd.

For å heve kjøpet og eventuelt kreve erstatning, kreves enda større sannsynlighet enn ved stansing. Det kreves her en meget høy grad av sannsynlighet for kontraktsbrudd. Beviskravet må karakteriseres som svært strengt, og er antakelig ikke ulikt beviskravet etter den tidligere kjøpslov. I motsetning til hva som gjelder ved stansing, oppstilles for heving ikke nærmere krav til de faktiske holdepunktene for forventningen. Dette har neppe særlig praktisk betydning, dels fordi holdepunktene som må foreligge ved stansing er svært generelt utformet, og dels fordi beviskravet ved heving er så strengt at det forutsetter et påviselig faktisk grunnlag for forventningen.

De lege ferenda kan det stilles spørsmål ved rimeligheten av at et så strengt beviskrav skal anvendes i alle tilfeller der kjøpet søkes hevet ved antesipert mislighold. I enkelte tilfeller av forventet kontraktsbrudd synes det urimelig at en kontraktspart må avvente utviklingen i kontraktsforholdet helt til det blir ”klart” at medkontrahenten ikke vil være i stand til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser. Selv om sannsynligheten for mislighold er stor nok til at midlertidige stansingsbeføyelser kan utøves, kan parten ha behov for å komme raskt ut av kontraktsforholdet, noe som bare er mulig ved heving. Slik vil det kunne være der det er realytelsen etter kontrakten som forventes misligholdt. Rettidig

oppfyllelse av realytelsen kan være svært viktig for den berettigede part, for eksempel der det er gjort innkjøp for videresalg og kjøperen er kontraktsmessig forpliktet til å levere varen videre umiddelbart etter overlevering eller bearbeidelse. Et annet eksempel er der det er foretatt innkjøp av råvarer eller andre produksjonsmidler, og levering til avtalt tid er avgjørende for at kjøperen skal kunne opprettholde sin produksjon. Der rettidig oppfyllelse av realytelsen er avgjørende, og det foreligger en begrunnet forventning om kontraktsbrudd, vil den berettigede kunne ha et umiddelbart behov for å komme ut av kontraktsforholdet, for straks å kunne foreta en dekningsransaksjon og sikre levering i tide. Dette behovet vil parten ha selv om det ennå ikke er ”klart” at mislighold vil inntre, og hevingsvilkårene derfor ikke er tilfredsstilt. I lys av det meget strenge beviskravet ved heving, kunne reglene med fordel åpnet for en viss lemping av dette kravet for slike spesielle tilfeller som det her er tale om.

Særlig urimelig kan det være at en part må avvente utviklingen i kontraktsforholdet helt til det er ”klart” at det vil inntre mislighold av realytelsen, dersom grunnlaget for misligholdsforventingen er medkontrahentens egne disposisjoner eller manglende evne til å oppfylle sine forpliktelser. Medkontrahenten kan selv forsettlig eller uaktsomt ha skapt situasjonen som er oppstått, hvor det er fare for at han ikke vil kunne oppfylle sine kontraktsforpliktelser. Et eksempel er der en selger, til tross for at hans leveringskapasitet er begrenset, har inngått så mange kortsiktige salgssavtaler at det med stor sannsynlighet vil oppstå vesentlige forsinkelser i de sist inngåtte avtalene.

Liknende tilfeller av antasipert mislighold er fremholdt av Augdahl i en annen sammenheng, nemlig som situasjoner der det de lege lata er grunn til å stille lempeligere beviskrav for å heve i ulovfestede kontraktsforhold enn i de lovregulerte kjøpsforhold.²⁷²

De lege lata kan antakelig rimelighetshensyn i disse spesielle tilfeller av forventet kontraktsbrudd komme inn som et reelt hensyn ved tolkingen også av de kjøpsrettslige regler om heving ved antasipert mislighold, i alle fall der det er tvilsomt hvorvidt hevingsvilkårene er oppfylt.

For så vel stansing som heving stilles i tillegg krav til arten og omfanget av det ventede kontraktsbruddet. Kravene er ulikt utformet; for stansing kreves at det ventede kontraktsbruddet gjelder en ”vesentlig del” av kontraktsforpliktelsene, mens det for

²⁷² Augdahl, 1984, s. 281-282. Synspunktene er fulgt opp i Hagstrøm, 2003, s. 594-595.

heving kreves at det ventede kontraktsbruddet er hevingsbetingende, altså at det etter en helhetsvurdering er ”vesentlig”.

Både for stansing og heving stilles krav til varsling om at beføyelsen gjøres gjeldende. Varslingsplikten viktigste formål er å gi medkontrahenten anledning til å stille sikkerhet for sin kontraktsmessige oppfyllelse, og slik avskjære videre stansing eller avverge heving av kjøpet. Det er imidlertid forskjeller mellom varslingsplikten for midlertidige og definitive beføyelser. Ved stansing er varslingsplikten ubetinget, men det er tilstrekkelig å varsle umiddelbart etter at beføyelsen er gjort gjeldende. Ved heving er varslingsplikten gjort betinget av at tiden tillater varsling og det er rimelig å pålegge parten varslingsplikt. Dersom disse forutsetningene først foreligger, plikter den hevende part å varsle medkontrahenten på forhånd, og å gi medkontrahenten en rimelig frist til å stille sikkerhet for sin oppfyllelse.

De lege ferenda kan det stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av utformingen varslingsplikten er gitt ved heving. Varslingsplikten er knyttet til medkontrahentens mulighet for å stille sikkerhet for sin oppfyllelse, og sammen med det strenge beviskravet innebærer dette at det kan gå lang tid fra forventningen om mislighold oppstår til kjøpet kan heves. Varslingsplikten suspenderer hevingsretten i påvente av medkontrahentens eventuelle sikkerhetsstillelse, selv etter at det er ”klart” at mislighold vil inntre. Utformingen av varslingsplikten ved heving innebærer at den hevende part i betydelig grad må avvente utviklingen i kontraktsforholdet og medkontrahentens disposisjoner. Dette vil kunne være uheldig der den hevende part har behov for raskt å komme ut av kontraktsforholdet.²⁷³

Betingelsene for varslingsplikten ved heving innebærer riktignok at en part med særlig behov for raskt å komme ut av kontraktsforholdet ikke vil være underlagt varslingsplikt. Men selv om tiden tillater varsling og varsling anses rimelig i lovens forstand, kan det være uheldig at den hevende part må avvente medkontrahentens ensidige disposisjoner også etter at det er ”klart” at det vil inntre kontraktsbrudd.

²⁷³ Kritisk også Leser i Schlechtriem, 1998, s. 537, i tilknytning til de tilsvarende reglene om varsling og sikkerhetsstillelse i CISG, artiklene 72.

Også rettsvirkningene av unnlatt varsling er forskjellige ved stansing og heving. Der stansingsbeføyelser gjøres gjeldende uten at varslingsplikten overholdes, er rettsvirkningen utelukkende erstatningsansvar for medkontrahentens økonomiske tap som følge av det manglende varsel. Ved heving må imidlertid forhåndsvarsel anses som en forutsetning for selve hevingsretten, slik at unnlatt varsel avskjærer adgangen til å heve kjøpet.

7 Litteraturliste

- Almén, 1960 Almén, Tore. Om köp och byte av lös egendom. Tore Almén, Rudolf Eklund. 4. uppl. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners förlag, 1960.
- Andenæs, 1999 Andenæs, Mads Henry. Konkurs. 2. utg. Oslo, 1999. ISBN 82-91064-15-6
- Augdahl, 1984 Per Augdahl. Den norske obligasjonsretts alminnelige del. 5. utg. Oslo: Aschehoug, 1984. ISBN 82-03-09482-1
- Bergem, Rognlien, 1995 John Egil Bergem, Stein Rognlien. Kommentarutgave til kjøpsloven av 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp. 2. utg. Orkanger, Oslo: Juridisk Forlag AS, 1995. ISBN 82-7513-037-9
- Bianca, Bonell, 1987 C. M. Bianca, M. J. Bonell. Commentary on the international sales law The 1980 Vienna Sales Convention. 1st. ed. Milano: Giuffrè, 1987. ISBN 88-14-01276-8
- Eckhoff, Helgesen, 2001 Torstein Eckhoff, Jan E. Helgesen. Rettskildelære. 5. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2001. ISBN 82-518-3988-2
- Hagstrøm, 2003 Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke. Obligasjonsrett. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2003. ISBN 82-518-4023-6

- Hagstrøm, i TfR 1995 Viggo Hagstrøm. Kjøpsrettskonvensjon, norsk kjøpslov og internasjonal rettsenhet, i Tidskrift for Rettsvitenskap 1995, s. 561 flg.
- Heggeberget, Nyland, i TfR 2000 Lars Marius Heggeberget, Espen Nyland. Formulering av internasjonale kontraktsrettslige grunnprinsipper og betydningen for norsk rett, i Tidskrift for Rettsvitenskap 2000, s. 251 flg.
- Hellner, 1996 Jan Hellner. Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 2 häftet, Allmänna ämnen. 3. uppl. Stockholm: Juristförlaget, Norstedts Juridik AB, 1996. ISBN 91-39-20017-5
- Herre, i Ånd og rett Festskrift til Birger Stuevold Lassen Johnny Herre. Utfyllnad av CISG med UNIDROIT och European Principles, i Ånd og rett Festskrift til Birger Stuevold Lassen, s. 439 ff. Oslo: Universitetsforlaget, 1997. ISBN 82-00-12697-8
- Honnold, 1999 John O. Honnold. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3rd. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. ISBN 9041106448
- Honnold, 1989 John O. Honnold. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. 1st. ed. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989. ISBN 9065443738
- Hov, 2002 I Jo Hov. Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I. 3. utg. Oslo: Papinian, 2002. ISBN 82-91060-12-6

- | | |
|--------------------------|---|
| Hov, 2002 II | Jo Hov. Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II. 2. utg. Oslo: Papinian, 2002. ISBN 82-91060-13-4 |
| Haaskjold, 2002 | Erlend Haaskjold. Kontraktsforpliktelser. 1. utg. Oslo: Cappelen akademisk forlag, 2002. ISBN 82-02-19689-2 |
| Krüger, 1989 | Kai Krüger. Norsk kontraktsrett. 1. utg. Bergen: Alma Mater forlag AS, 1989. ISBN 82-419-0011-2 |
| Krüger, 1999 | Kai Krüger. Norsk kjøpsrett. 4. utg. Bergen: Alma Mater forlag AS/Fagbokforlaget, 1999. ISBN 82-419-0223-9 |
| Lando, Beale, 2000 | Ole Lando, Hugh Beale (ed.). The Principles of European Contract Law, Parts I and II, prepared by The Commission on European Contract Law, The Hague – London – Boston, 2000 |
| Ramberg, Herre, 2001 | Jan Ramberg, Johnny Herre. Internationella köplagen (CISG). 1. utg. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2001. ISBN 91-39-00343-4 |
| Schlechtriem, 1998 | Peter Schlechtriem, (ed.). Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). 2nd. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. ISBN 0-19-826052-0 |
| Staudinger, Magnus, 1999 | Julius von Staudinger, Ulrich Magnus, Michael Martinek (red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG). 14 utg. Neubearbeitung. Berlin: Sellier – de Gruyter, 1999. ISBN 3-8059-0784-2 |
| Stenvik, 2001 | Are Stenvik. Patenters beskyttelsesomfang. 1. utg. Oslo: Cappelen akademisk forlag, 2001. ISBN 82-02-21261-8 |

- Treitel, 1988 G. H. Treitel. Remedies for Breach of Contract. 1st. ed.
Oxford: Clarendon Press, 1988. ISBN 0-19-825500-4
- Treitel, 1995 G. H. Treitel. The Law of Contract. 9th. ed. London:
Sweet & Maxwell, 1995. ISBN 0 421 519703
- Woxholth, 2001 Geir Woxholth. Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning.
4. utg. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2001. ISBN 82-05-
28747-3

A